دار الشروق

الجرائم في الفقه الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة

الدكتور
أحمد فتحي بهنسي

الجرائم
في الفقه الإسلامي
دراسة فقهية مقارنة

الطبعة الخامسة

مزيدة

١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م

الطبعة السادسة

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

الشروق

ى- هاتف ٣٩٣٤٥٧٨ - ٣٩٣٤٨١٤

لكس 93091 SHROK UN

اف ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٧٦٥ - ٨١٧٢١٣

- تلكس SHOROK 20175 LE

إهداء 2004

دار الشروق

القاهرة

الجرائم
في الفقه الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة

الدكتور
أحمد فتحي بهنسي

دار الشروق

إهْـدَاء

إلى كُلّ مَن يَقتَنع بفِكْرَةٍ فيَدْعُو إليهَا
وَيَعمَل على تحقِيقهَا ، لا يَقصد بهَا إلاَّ
وَجْه الله وَمَنفعَة النَاس في كلّ زمَان وَمكَان
أهدي هٰذا الكِتاب

أحمد فتحي بهنسي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

أنزل الله تعالى القرآن على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم – كتاب عقائد ومعاملات – ووصل إلينا عنه بالتواتر فلم تكن كلمة من كلماته محل شك فى ورودها أو ريبة فى نزولها . أو تناقض مع غيرها .

وظل محفوظاً فى الصدور حتى قيض الله له من كتبه فى الصحف فوصل إلينا ، ولا خلاف فى آية من آياته أو سورة من سوره ، وهذا من ضمن أسرار إعجازه .

ولكن دلالة القرآن على الأحكام فى غالب الأمر كانت بوجه عام . كما أن دلالة نصوصه عليها قد تكون قطعية : لا تحتمل إلا تفسيراً واحداً ، وقد تكون ظنية : تحتمل أكثر من تفسير . فقام النبى صلى الله عليه وسلم ووضح المبهم وفسر الغامض بوحى من لدنه تعالى .

وقد أقر الله فى كثير من الأحوال ما صدر عن نبيه من أفعال أو أقوال أو تقرير .

وفى أحوال أخرى عاتب الله رسوله عتاباً رقيقاً أحياناً وشديداً فى أحيان أخرى .

ونستطيع أن نضرب مثلا لذلك بإذنه عليه السلام لبعض المنافقين ، فى التخلف عن الذهاب لغزوة تبوك . فنزل قوله تعالى : « عفا الله عنك ، لم أذنت لهم » .

وكما حدث عندما أسر المسلمون يوم بدر كثيراً من المشركين ، واستشار الرسول أبا بكر وعمر وعليًّا فيما يصنع بالأسرى . فقال أبو بكر : يانبى الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان ، أرى أن نأخذ منهم الفدية فيكون

ما أخذنا منهم قوة لنا على الكفار وعسى الله أن يهديهم فيكونوا لنا عضداً . وقال عمر : والله ما أرى ما رأى أبو بكر ولكنى أرى أن تمكننى من فلان : قريب لعمر ، فأضرب عنقه وتمكن علياً من عقيل وهو أخوه فيضرب عنقه ، وتمكن حمزة من فلان أخيه فيضرب عنقه حتى يعلم الله أنه ليست فى قلوبنا هوادة للمشركين ، هؤلاء صناديدهم وأئمتهم وقادتهم .

وقد هوى الرسول رأى أبى بكر . فنزلت الآيتان :

« ما كان لنبىٍّ أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض ، تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم[1] عذاب عظيم » .

* * *

كما أن الخلفاء الراشدين بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم كانوا إذ لم يجدوا شيئاً فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله اجتهدوا رأيهم مع الحرج الشديد مخافة الخطأ .فهذا هو أبى بكر الصديق يقول : هذا رأيى فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فنى وأستغفر الله .

ولأن النصوص عامة ، والأفهام تتنوع فى المسألة الواحدة ، فقد حصل خلاف بين الخلفاء الراشدين أنفسهم .

فعندما صارت الخلافة إلى عمر بن الخطاب وأفاء الله على المسلمين المال الكثير فى الفتوحات العديدة ، عدل عما كان يسير عليه أبو بكر الصديق من توزيع الأعطيات بالمساواة . وكان يقول فى ذلك ما أنا فيه إلا كأحدكم . ولكنا على منازلنا من كتاب الله عز وجل وقَسْمُنَا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فالرجل وتِلادُه[2] فى الإسلام ، والرجل وغَنَاؤه[3] فى الإسلام ،

---

(١) من الفداء .

(٢) تلاده : أقدميته .

(٣) عناؤه : فائدته .

والرجل وحاجته فى الإسلام . ففضل عمر البعض على البعض فى الأعطيات .

بل إن الخلاف فى الرأى تعدى ذلك بكثير :

إذ يقول الله تعالى فى سورة التوبة :

«إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله ، والله عليم حكيم » .

وقد طبق الرسول هذا النص طوال حياته فكان يعطى هؤلاء المؤلفة قلوبهم ؛ أى يتألف قلوبهم على الإسلام ويعطيهم جزءاً من الصدقات ولو أنهم ليسوا مسلمين .

وقضى أبو بكر الصديق جزءاً من خلافته على ذلك إلى أن جاءه عيينة ابن حصن والأقرع بن حابس فقالا له يا خليفة رسول الله. إن عندنا أرضاً سبخة ليس فيها كلأ ولا منفعة فإن رأيت أن تعطيناها ؟ فأقطعها إياهما وكتب لهما عليها كتاباً وأشهد – وليس فى القوم عمر – فانطلقا إلى عمر ليشهد لهما . فلما سمع ما فى الكتاب تناوله من أيديهما . ثم تفل فيه فمحاه . فتذمرا وقالا مقالة سيئة . فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتألفكما والإسلام يومئذ قليل . أما اليوم فقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم ، فإن ثبتم على الإسلام وإلا فبيننا وبينكم السيف[1].

وفعل عمر يحقق ما قصد إليه الله ورسوله من إعزاز للمسلمين، فقد فهم أن فى المنع عنهم عزة المسلمين أو أن عزة المسلمين قد تحققت فتمنع عنهم .

وقد قال القاضى ابن العربى فى المؤلفة قلوبهم :

« وقد قطعهم عمر لما رأى من إعزاز الدين ، والذى عندى أنه إن قوى

---

(١) انظر ص ١٤ ج ٣ فتح القدير ، وانظر ص ٣٩٥ ، أحكام القرآن لابن العربى جزء ١ ، وانظر ص ١٥٢ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

الإسلام زالوا وإن احتيج إليهم أعطوا سهمهم كما كان يعطيه رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وقد فعل هذا عمر بن عبد العزيز عندما كان يعطى بعض المـال لمن يرى تألفه على الإسلام كما فعل مع البطريق الذى أعطاه ألف دينار .

كما قال الله تعالى أيضاً فى سورة الأنفال :

« واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » أما الباقى فيكون للفاتحين .

إلا أن عمر لمـا تم فتح العراق والشام وباقى الأقطار رأى ألا تقسم الأرض بين الفاتحين بل رأى أن تبقى الأرض بين أهلها وأن يوضع عليهم الخراج لينفق منه على مصالح المسلمين عامة فى الأجيال القادمة، فقال فى ذلك :

« فكيف بمن يأتى من المسلمين فيجدون الأرض قد اقتسمت وورثت الآباء وحيزت ، ما هذا برأى . فقال له عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه : فما الرأى ؟ ما الأرض والعلوج إلا مما أفاء الله عليهم . فقال عمر : ما هو إلا كما تقول — ولست أرى ذلك . والله لا يفتح بعدى بلد كبير ، عسى أن يكون كلا على المسلمين . فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام والعراق ؟ فأكثروا على عمر رضى الله تعالى عنه وقالوا : أتقف ما أفاء الله علينا بأسيافنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا ، ولأبناء القوم ولأبناء أبنائهم ولم يحضروا ؟ فكان عمر رضى الله عنه لا يزيد على أن يقول : هذا رأيى . قالوا : فاستشر . قال : فاستشار المهاجرين الأولين. فاختلفوا . فأما عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنه فكان رأيه أن تقسم له حقوقهم . ورأى عثمان وعلى وطلحة وابن عمر رضى الله عنهم رأى عمر فأرسل إلى عشرة من الأنصار : خمسة من الأوس وخمسة من الخزرج من كبرائهم وأشرافهم فلما اجتمعوا حمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال :

إنى لم أزعجكم إلا لأن تشتركوا فى أمانتى فيما حملت من أموركم، فإنى واحد كأحدكم، وأنتم اليوم تقرون بالحق، خالفنى من خالفنى ووافقنى من وافقنى، ولست أريد أن تتبعوا هذا الذى هواى معكم من الله كتاب ينطق بالحق، فوالله لئن كنت نطقت بأمر أريده ما أريد إلا الحق. قالوا قل نسمع يا أمير المؤمنين. قال: قد سمعتم كلام هؤلاء القوم الذين زعموا أنى أظلمهم حقوقهم. وإنى أعوذ بالله أن أركب ظلماً. لئن كنت ظلمتهم شيئاً هو لهم وأعطيته غيرهم لقد شقيت. ولكنى رأيت أنه لم يبق شىء يفتح بعد أرض كسرى، وقد غنمنا الله أموالهم وأرضهم وعلوجهم فقسمت ما غنموا من أموال بين أهله وأخرجت الخمس فوجهته على وجهه وأنا فى توجيهه وقد رأيت أن أحبس الأرضين بعلوجها وأضع عليهم فيها الخراج وفى رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئاً للمسلمين: أرأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها. أرأيتم هذه المدن العظام كالشام والكوفة والبصرة ومصر؛ لا بد لها أن تشحن بالجيوش وإدرار العطاء عليهم فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرَضُونَ والعلوج. فقالوا جميعاً. الرأى رأيك فنعم ما قلت وما رأيت. إن لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجرى عليهم ما يتقوون به رجع أهل الكفر إلى مدنهم فقال: قد بان لى الأمر.

وقد قال القاضى أبو يوسف فى ذلك: «والذى رأى عمر رضى الله عنه من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها عندما عرفه الله ما كان فى كتابه من بيان ذلك توفيقاً من الله له فيما صنع».

ونستطيع أن نسوق مثلا آخر فى الخلاف بين عمر بن الخطاب وعلىّ ابن أبى طالب — فعمر كان يرى أن التى تتزوج فى عدتها يفرق بينها وبين زوجها الجديد إن كان دخل بها ثم تعتد منه ولا تعود إليه أبداً. إلا أن علىّ ابن أبى طالب يرى — على ما رواه إبراهيم النخعى — أنه يفرق بينهما إلى أن تستكمل العدة الأولى وتعتد عدة مستقلة. ولا يوجد ما يمنع من أن تعود لزوجها الأخير.

فالخلفاء الراشدون فى الأمثلة السابقة ذهبوا إلى تغيير بعض الأحكام[1] الثابتة وذلك لتغير العلل التى أدت إليها أو لزوالها كما فعل عمر من إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم .

كما ذهبوا إلى النهى عن بعض الأحكام الثابتة دفعاً لما يترتب عليها من آثار خطيرة تؤثر على مستقبل البلاد كما فعل عمر فى تقسيم الأراضى العقارية .

كما رأوا آراء مختلفة فى الموضوع الواحد كما فعل عمر وعلى مع من تزوج امرأة لا تزال فى عدتها من زوج سابق .

هذا مع الخلفاء الراشدين بالرغم من قرب عهدهم من النبى صلى الله عليه وسلم واتصالهم به ونهجهم منهجه . وقد قال فيهم « أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » فقد فهموا روح التشريع ،وكانوا منزهين غير مغرضين لا ينطقون عن هوى أو مصلحة خاصة ،فكان رأيهم ولو اختلفوا محل اتباع من المسلمين فى مشارق الأرض ومغاربها .

بل إننا نرى بعد هذا العصر من كبار التابعين من يتركون العمل بظاهر النصوص المطلقة أو العامة لأنهم رأوا العمل بها ينافى المصلحة العامة . فكان أن عملوا بما يحقق هذه المصلحة وإن كان فى هذا تقييد للنص أو تخصيصه أو ترك ظاهره . كعدم قبول عروة بن الزبير توبة من تاب بعد تلصص وبعد قطع الطريق . وهو أحد فقهاء المدينة السبعة — بالرغم من أن الآية صريحة فى قبول التوبة :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

---

(١) انظر ص ١١٩ من كتاب الدكتور محمد يوسف موسى « فى تاريخ الفقه الإسلامى » طبعة سنة ١٩٥٤ .

وقد قال فى ذلك عروة بن الزبير : لا تقبل توبتهم — لو قبل ذلك منهم اجترءوا عليه وكان فساد كبير[1].

ولما اتسعت الدولة وزادت رقعتها ،وتكونت المدرستان العظيمتان مدرسة الحديث بالحجاز ومدرسة الرأى فى العراق والكوفة . وجدنا ذلك الخلاف الواضح بين الفقهاء فى المسائل وفى الفروع . لكل رأى وله حجج وجيهة مقنعة

وليس أدل على ذلك من اختلافهم فى ذلك الأمر الخطير « شرب الخمر » إذ ترى مدرسة الحجاز أن شرب الخمر سواء ما كان منها مستخرجاً من العنب أو من غير العنب حرام سواء شرب قليلها أم كثيرها .

وترى مدرسة العراق والكوفة أن المحـــرم فقط هو شرب الخمر المستخرجة من العنب . أما شرب القليل الذى لا يسكر من الخمر المستخرجة من غير العنب فحلال . حلال .

ولكل آراء وجيهة مقنعة لمن أراد الاقتناع ! ! .

ومالنا نذهب بعيداً والإمام الشافعى نفسه — وهو إمام من أئمة المسلمين — غير مذهبه عندما ترك بغداد البلد الذى عاش فيه وجاب الأقطار وسافر إلى مصر . ووجد أن ما يناسب هذا المكان لا يناسب ذلك المكان ، فكان له مذهبان مذهب وهو فى بغداد ومذهب وهو فى مصر .

إذن ماذا يفعل المسلم أمام كل هذا الخلاف .

هل هذا الخلاف مقصود ؟ ؟ . . أبداً إن فيه رحمة بالناس .

قال الرسول الكريم « اختلاف أصحابى رحمة » .

وقال : « إن الله يحب أن توتى رخصه كما يحب أن توتى عزائمه » .

---

(١) انظر تفاصيل الموضوع فى أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ ص ٤٩٤ ، ص ٢٤٩ جزء ١ أحكام القرآن لابن العربى وص ١١١ من كتاب تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ج ١

لذلك كله عزمنا بعون الله أن نسير فى بحث الجرائم فى الفقه الإسلامى بهذا الشكل ؛ مبرزين الخلاف بين المذاهب فى المسائل والفروع .

فلو كنا بصدد تشريع جنائى إسلامى يطبق فى البلدان الإسلامية ، يجب أن نبرزه بشكل لا يصطدم بما هو مألوف للناس معلوم لهم . وقد وجدنا بين طيات المذاهب الإسلامية المختلفة سواء كانت للأئمة الأربعة أو لغيرهم كالظاهرية والشيعة ــ آراء مختلفة أبرزناها وأبرزنا الخلاف بينهم فيها حتى يكون فى الأخذ بها نفع المسلمين طالما هى فى الإطار العام لكتاب الله ولسنة رسوله .

خطة البحث

الحمد لله الذى وفقنا إلى أن نسير فى هذا الاتجاه من الدراسة؛ فقد وجدنا فى الفقه الإسلامى وخاصة فى العقوبات . المادة الدسمة البكر التى لم تبحث بعد ، والتى يلزم المشتغلين بالفقه الغربى أن يبحثوها فى مصادرها الأولى — تلك المصادر الخصبة .

ولن يعنينا فى هذا البحث المقارن الذى نكتبه اليوم أن نفيض فى شرح القانون الغربى الوضعى فلذلك كتب ومؤلفات لمشهورى الفقهاء ، بل إننا نشير إشارات عابرة لمختلف النظريات والمباحث فى الفقه الغربى ليلم القارئ الذى لم تسبق له دراسته بالأصول العامة فيه . وسنترك الإفاضة والتوسع للفقه الإسلامى . بل إننا سنذكر نصوصاً بأكملها ، سنذكرها كما وردت فى مصادرها الأولى ، وهى كتب الفقه الممتازة التى بين أيدينا فى هذه الأيام وهى قطعاً لم يتنـاولها أى تغيير ولا تعديل فى مختلف المذاهب الشرعية . وسنبحث مختلف الجرائم محددة العقوبة والجرائم التى يقتص فيها أو يودى وهى جرائم القتل والضرب والجرح ثم نتكلم عن الجرائم التى يعزر فيها والحكمة من انتهاجنا ذلك المنهج أن عقوبات بعض هذه الجرائم كما يبدو للناظر قاسية جداً تصل أحياناً إلى حد استئصال الفرد من المجتمع أو استئصال عضو منه . ولذلك يلزم أن نبرز الفروق الجوهرية بين المذاهب والخلافات بينها لنستفيد من هذه الخلافات رحمة بالناس .

وإننا ندعو الله أن يوفق رجال الأزهر وغيرهم من القائمين على أمور المسلمين لأن يلتفتوا إلى هذا النوع من الدراسة المقارنة ، والمذهبية[1].

---

(١) استجاب الله هذا الدعاء الذى دعيناه فى سنة ١٩٦٠ وأصبحت الدراسات المقارنة تدرس فى كلية الشريعة والقانون بالأزهر ، والحمد لله .

وليس بحق ما قاله أحد العلماء الأزهريين بكلية الشريعة فى أثناء مناقشة لنا معهم بالكلية أنهم لا يعترفون بالفقه الغربى . فالفقه الغربى حقيقة واقعة مأخوذة — كما أثبتنا وأثبت غيرنا — من الفقه المالكى الذى كان منتشراً ببلاد الأندلس . فدراستنا المقارنة مع الفقه الغربى تبرز تلك الأصول والفروع وتثبت أقدام الفقه الإسلامى وتظهر فضله ، وفقنا الله لما فيه الصواب .

الفصل الأول

جريمة السرقة

فى الفقه الغربى :

السرقة كما يعرفها شراح القانون الجنائى الحديث، هى اختلاس منقول مملوك للغير .

ولذلك يحسن أن نعرض للتفريق بين جريمة السرقة وبين غيرها من الجرائم التى ترمى إلى تملك مال الغير وتتحقق بدون الاختلاس ، كخيانة الأمانة ؛ أو بالغش والاحتيال ؛ كالنصب .

ففى الفقه الغربى ، المتهم بالسرقة يأخذ الشىء وينقله إلى حيازته رغم إرادة المجنى عليه .

أما المتهم بالنصب ، فيتسلم الشىء برضا المجنى عليه بناء على غش واحتيال ، والمتهم بخيانة الأمانة ، يتسلم الشىء برضا المجنى عليه تنفيذاً لعقد من عقود الأمانة ويبدد الشىء أو يستعمله .

وقد جرى فقهاء الغرب على القول بأن آركان جريمة السرقة أربعة :

١ ـ الاختلاس . ٢ ـ أن يكون المختلس منقولا .
٣ ـ مملوكاً للغير . ٤ ـ بقصد جنائى .

فى الفقه الاسلامى :

أما فقهاء الشريعة فيعرفون السرقة بأنها :

« أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه[1] . »

---

(١) انظر ص ٣٧٢ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ .

أو هى «أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ[1]» .

أو هى أخذ البالغ العاقل نصاب القطع خفية مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة[2].

وتتبين من التعريفات المتقدمة أن أركان جريمة السرقة المتفق عليها فى الفقه الإسلامى هى :

١ ـ الأخذ خفية .

٢ ـ للمـــال .

٣ ـ المملوك للغير .

وستكون طريقة بحثنا أن نذكر باختصار رأى شراح القانون الوضعى فى كل ركن من هذه الأركان، فليس القصد هو إطالة شرح مثل هذه المسائل التى أطال فيها الشراح وفقهاء القانون الغربى ، بل مقارنة ذلك بما ورد فى قول فقهاء المسلمين فى هذه المسائل ونظائرها مع بسط فى القول لنرى مدى تطابق الفكرتين .

المبحث الأول

أركان جريمة السرقة

أولا ـ الاختلاس

عرف شراح القانون الوضعى الاختلاس بأنه نقل الشىء من حيازة المجنى عليه وهو الحائز الشرعى له إلى حيازة الجانى بغير علم المجنى عليه أو على غير رضاه .

---

(١) انظر ص ٢١١ الزيلعى جـ ٣ .

(٢) انظر ص ٢١٩ فتح القدير جـ ٤ .

وينتفى الاختلاس إذا كان الشىء موضوع الجريمة قد سلم إلى الجانى إذ التسليم يمنع من قيام الاختلاس .

كما ينتفى الاختلاس إذا كان الشىء موضوع الجريمة فى حيازة الجانى من بادىء الأمر .

فإذا كان الشىء فى حيازته وأبى رده أو تصرف فيه إضراراً بمالكه لا يعد سارقاً .

فمتى توافر هذان الشرطان امتنع قيام الاختلاس وبالتالى قيام جريمة السرقة . وقد ثار نزاع بين فقهاء القانون الغربى عما إذا كان يلزم أن يأخذ الجانى الشىء ويحوزه لنفسه على غير رضا المجنى عليه وبغير علمه . فيقول بعض الشراح بأن الاختلاس يكون بأخذ الجانى الشىء بغير علم المجنى عليه أو على غير رضاه(١).

ويقول البعض الآخر إنه يجب اجتماع الأمرين معاً ، أى عدم العلم وعدم الرضا(٢).

ويقول المحدثون إنه يكتفى باشتراط عدم رضا المجنى عليه فقط سواء أعلم بالسرقة أم لم يعلم لأنه متى أخذ الشىء على غير رضا المجنى عليه فالسرقة واقعة لا محالة ولو حصل ذلك بعلمه وعلى مرأى منه لجواز أن يكون عاجزاً عن رد السارق أو مقاومته .

ولا نزاع فى أن الخطف والغصب من ضروب السرقة المعاقب عليها(٣) ويقابل ركن الاختلاس فى الشريعة أخذ المال مستتراً أى الأخذ خفية . ويسمى الأخذ مجاهرة : مغالبة ، أو نهبة ، أو خلسة ، أو غصباً ، أو انتهاباً واختلاس لا سرقة .

---

(١) جارو ج ٦ نبذة ٢٣٧٣ .

(٢) جارسون نبذة ٤٧٥ .

(٣) انظر ص ١٦٧ من الموسوعة لجندى عبد الملك جزء ٥ .

وروى عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » رواه أصحاب السنن(١).

وفى الموطأ عن محمد بن شهاب الزهرى(٢)« أن مروان بن الحكم أتى بإنسان قد اختلس متاعاً ، فأراد قطع يده ، فأرسل إلى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك ؟ فقال زيد : ليس فى الخلسة قطع(٣)» .

والخائن من يأخذ المال المؤتمن عليه ، والمنتهب هو الذى يأخذ المال جهرة ويعتمد على القوة والشدة فهو غاصب ، والمختلس من يأخذ المال جهرة ويخطفه بسرعة ويعتمد على الهرب .

فلا قطع على واحد من هؤلاء لأنه يمكن إرجاعه بالاستغاثة إلى ولاة الأمور لمعرفتهم – ولكنهم يؤدبون أى يعزرون(٤).

وقد ورد فى الزيلعى(٥).

---

(١) انظر ص ٣٢١ جـ ٤ من جامع الأصول .

(٢) محمد بن شهاب الزهرى هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيدالله بن عبدالله بن شهاب القرشى الزهرى أحد الأئمة الأعلام وعالم الحجاز والشام . روى عن عبدالله بن عمر وعبدالله ابن جعفر والمسور بن مخرمة وطبقتهم من صغار الصحابة وكبار التابعين . وروى عنه الأوزاعى والليث ومالك وغيرهم . له ألفان ومائتان من الحديث نصفها مسند . قال ابن سعد كان الزهرى ثقة كثير الحديث والعلم والرواية فقيهاً جامعاً ، مات سنة ١٢٥ هـ .

انظر ص ٤٤٥ جـ ٩ تهذيب التهذيب ، ص ١٠٢ جـ ١ من تذكرة الحفاظ .

وزيد بن ثابت هو أبو سعيد بن ثابت بن الضحاك النجارى الأنصارى ، قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهو ابن إحدى عشرة سنة وكان يحفظ وقتئذ ست عشرة سورة . وكان يكتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم الوحى والرسائل ، تعلم السريانية والعبرانية ، وكان يكتب لأبى بكر وعمر فى خلافتهما ، وولى بيت المال لعثمان ، وهو الذى جمع القرآن بإشارة أبى بكر وعمر ، توفى سنة ٤٥ هـ .

(٣) انظر ص ٣٢٢ جـ ٤ من المرجع السابق .

(٤) انظر ص ١٩ التاج الجامع للأصول جزء ٣ .

(٥) والزيلعى نسبة إلى زيلع بلدة على ساحل الحبشة بأفريقيا قدم القاهرة سنة خمس وسبعمائة وكان مشهوراً بالفقه والنحو وبالفرائض ، توفى سنة ٧٤٣ هـ .

لو سرق من رجل ثوباً عليه وهو رداء أو قلنسوة أو طرف منطقته أو سيفه أو سرق من امرأة حلياً عليها لا يقطع لأنها خاسة «أى اختلاس» . ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة وهو لابسها أو واضعها قريباً منه بحيث يكون حافظاً لها ــ يقطع لأنه أخذها خفية وسراً ولها حافظ وهو النائم[1] وقد ورد فى فتح القدير[2]:

« والخفية مراعى فيها إما ابتداء وانتهاء ، وذلك فى سرقة النهار من المصر أو ابتداء لا غير وهى فى سرقة الليل فلذا إذا دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن فى يده ، قطع به للاكتفاء بالخفية الأولى ــ وإذا كابره فى المصر نهاراً وأخذ ماله لا يقطع استحساناً وإن كان دخل خفية . والقياس كذلك فى الليل لكن يقطع إذ غالب السرقات فى الليل يصير مغالبة ، إذ قليلا ما يختفى فى الدخول والأخذ بالكلية ، وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان ــ قطع ، ولو علما لا يقطع . والخفية المعتبرة فى السرقة الصغرى هى الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والضارب والغاصب والمرتهن . والخفية المعتبرة فى السرقة الكبرى مسارقة عين الإمام ومنعة المسلمين[3]» .

* * *

(١) انظر ص ٢٢٢ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) للكمال بن الهمام وهو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام ولد سنة ٧٨٨ هـ ، كان إماماً فى الفقه والأصول والعلوم العربية بارعاً فى الحديث والتفسير والمنطق والمناظرة ، شرع فى تأليف كتابه فتح القدير سنة ٨٢٩ هـ ولم يتمه بل كتب فيه لباب الوكالة ثم أكمله قاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ وسمى التكملة نتائج الأفكار ، وقد توفى الكمال سنة ٨٦١ هـ .

(٣) انظر ص ٢١٩ فتح القدير ج ٤ ، ويعبر رجال الفقه الإسلامى عن السرقة العادية بالسرقة الصغرى وعن جريمة الحرابة بالسرقة الكبرى .

مما تقدم، نلاحظ الاختلاف الواضح بين معنى الاختلاس فى السرقة كما يفهمه الفقه الغربى ومعنى الخفية أو الأخذ مستتراً فى الفقه الإسلامى، فالمعنى الأول معنى عام واسع يندرج تحته كل أخذ للمال بطريقة غير مشروعة رغم إرادة المجنى عليه .

أما الثانى فهو معنى ضيق إلى أبعد حد ؛ فقد استبعد من الاختلاس المعروف الاختلاس مجاهرة أى علانية واقتصر على الخفية فقط .

والحكمة فى ذلك أن الآخذ مجاهرة يعلم به المجنى عليه كما قد يعلم به العامة فيمكنهم متابعته وتسليمه إلى السلطة العامة .

وقد أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون شهر السلاح على المسلمين مخيفاً لهم فيكون حكمه حكم المحارب .

وقال أبو يوسف : أما القفاف والمختلس فعليهما الأدب والحبس حتى يحدثا توبة .

وورد عن أحمد روايتان فى الطرار « النشال » أحدهما أنه يقطع وفى الأخرى لا يقطع ، وعن أبى يوسف أنه يقطع لأن المال محرز بصاحبه[1].

الأخذ من حرز :

الحرز فى اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذى يحرز فيه الشىء أى يحفظ .

وفى الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة أو الشخص نفسه[2].

ونبحث فى هذا الركن وهو ركن الخفية : أن يكون قد أخذه من حرز .

---

(١) القفاف : قف الصيرفى أى سرق الدراهم بين أصابعه فهو قفاف . وانظر المبسوط ص ١٦١ جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢٢٠ الزيلعى جـ ٣ حاشية الشلبى .

فقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق النصاب وإن سرقة من غير حرز[1].

---

(١) انظر ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ المحلى لابن حزم الظاهرى جزء ١١ :
القول فى المختلس لا يخلو من أحد وجهين :

إما أن يكون اختلس جهاراً غير مستخف من الناس فهذا لا خلاف فيه أنه ليس سارقاً ولا قطع عليه ، أو يكون فعل ذلك مستخفياً عن كل من حضر فهذا لا خلاف بيننا وبين الحاضرين من خصومنا فى أنه سارق وأن عليه القطع فبطل كل ما تعلقوا به وعرى قولهم فى مراعاة الحرز عن أن يكون له حجة أصلا .

وأما قولهم إن الشىء إذا لم يكن محرزاً فهو لقطة فخطأ لأن اللقطة إنما هى ما سقط عن صاحبه وصار بدار مضيعة . وكذلك الضالة ، وأما ما كان غير مهمل ولا ساقط فقد بطل عن أن يكون لقطة أو ضالة وقد جاء فى اللقطة والضالة نصوص لا يحل تعديها فلا مدخل للسارق فيها فنحن إنما نكلمهم فى سارق من حرز لا فى ملتقط ولا فى آخذ ضالة فسقط هذا الاعتراض الفاسد ... فوجب أن ننظر فى القول الثانى فوجدنا الله تعالى يقول : (والسارق والسارقه فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) فوجب بنص القرآن أن كل من سرق فالقطع عليه ، وأن من اكتسب سرقة فقد استحق بنص كلام الله تعالى جزاء مكسبه ذلك بقطع يده نكالا وبالضرورة الحسية ، وباللغة يدرى كل أحد يدرى اللغة أن من سرق من حرز أو من غير حرز فإنه سارق أنه قد اكتسب سرقة لا خلاف فى ذلك فإذا هو سارق مكتسب سرقة فقطع يده واجب بنص القرآن ولا يحل أن يخص القرآن بالظن الكاذب ولا الدعوى العارية من البرهان .

قال ابن حزم : فهذا نص القرآن وأما السنن . . . من طريق البخارى حدثنا موسى بن إسماعيل حدثنا عبد الواحد الأعمش قال : سمعت أبا صالح سمعت أبا هريرة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده » . فقضى رسول الله بقطع السارق جملة ولم يخص حرزاً من غير حرز . وإن الله عز وجل لو أراد أن لا يقطع السارق حتى يسرق من حرز ويخرجه من الدار لما أغفل ذلك ولا أهمله ولا اعنتنا بأن يكلفنا علم شريعة لم يطلعنا عليه ولبينه على لسان رسوله إما فى الوحى وإما فى النقل المنقول فإذا لم يفعل الله تعالى ذلك ولا رسوله فنحن نشهد ونبت ونقطع بيقين لا يمازجه شك أن الله تعالى لم يرد قط ولا رسوله اشتراط الحرز فى السرقة وأنه لا شك فى ذلك فاشتراط الحرز باطل بيقين لا شك فيه وشرع لما لم يأذن الله به .

وأما الإجماع فإنه لا خلاف بين أحد من الأمة كلها فى أن السرقة هى الاختفاء بأخذ الشىء ليس له ، وأن السارق هو المختفى بأخذ ما ليس له وأنه لا مدخل للحرز فيما اقتضاه الاسم فمن =

أما غالبية الفقهاء فمتفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع وإن كانوا قد اختلفوا فى معنى الحرز . وحجة ذلك الرأى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة الجبل – فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » .

وحجة رأى أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » . الآية

فالواجب أن تحمل الآية على عمومها منها إلا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو ابن شعيب .

والحرز نوعان :

١ – حرز لمعنى فيه وهو المكان المعد لإحراز الأموال كالدور والبيوت والصناديق وأمثال ذلك .

٢ – حرز بالحافظ كمن جلس على الطريق أو المسجد وعنده متاعه وهو محرز به . وقد قطع الرسول صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان بن أمية من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد .

ويقول الفقهاء : إنه فى الحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ لأن الحرز به فوق الحرز بالحافظ . لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال وبه امتنع

= أقحم فى ذلك اشتراط الحرز فقد خالف الإجماع على معنى هذه اللفظة فى اللغة وادعى فى الشرع ما لا سبيل له إلى وجوده ولا دليل على صحته .

وأما قول الصحابة فقد أوضحنا أنه لم يأت قط عن أحد منهم اشتراط الحرز أصلا وإنما جاء عن بعضهم « حتى يخرج من الدار » وقال بعضهم من البيت ، وليس هذا دليلا على ما ادعوه من الحرز مع الخلاف الذى ذكرناه عن عائشة وابن الزبير فى ذلك فلاح أن قولنا قول قد جاء به القرآن والسنة الثابتة .

مع اختفائه فيه عن أعينهم — فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل حتى لو أذن له فى الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده حاضر لا يقطع لأن الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط بالإذن .

ويلزم إخراج الشيء من الحرز لوجوب القطع وذلك إذا سرق من مكان . أما إذا سرق من حافظ فيقطع بمجرد الأخذ لزوال يد المالك به ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً . واشترطوا فى النائم أن يكون الشيء تحت جنبه أو تحت رأسه والمدار فى القطع هو على إخراج النصاب من الحرز حتى إن السارق لو أخرج النصاب من الحرز ثم عاد به فأدخله فيه فإنه يقطع(١).

وقد اتفق من أوجبوا شرط الحرز فى أمور واختلفوا فى أمور(٢).

---

(١) انظر ص ٣٠٠ جـ ٤ الدسوقى على الشرح الكبير .

(٢) ورد فى المهذب جـ ٢ ص ٢٨٠ « وإن فتح مراحاً فيه غنم فحلب من ألبانها قدر النصاب وأخرجه قطع لأن الغنم مع اللبن فى حرز واحد فصار كما لو سرق نصاباً من حرزين فى بيت واحد » وقال بعكس ذلك أبو حنيفة لأنه من الأشياء الرطبة ، وورد فى المغنى ص٢٦١ : إن شربه فى الحرز أو شرب ما ينقص النصاب فلا قطع عليه .

وانظر ص ٧٨ جزء ٢ منلا خسرو : ويشترط أن يخرج ما سرقه ظاهراً حتى لو ابتلع ديناراً فى الحرز ثم خرج به لا يقطع ولا ينتظر تغوطه ، بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للمال ، وأن يخرج النصاب مرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع .

وانظر ص ٢٥٢ المغنى جزء ١٠ .

والإبل ثلاثة أضرب : باركة ، وراعية ، وسائرة .

أما الباركة : فإن كان معها حافظ لها وهى معقولة فهى محرزة — وإن لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظراً إليها أو مستيقظاً بحيث يراها فهى محرزة .

وإن كان نائماً أو مشغولا عنها فليست محرزة لأن العادة أن الرعاة إذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم ولأن حل المعقولة ينبه النائم والمشتغل وإن لم يكن معها أحد فهى غير محرزة سواء كانت معقولة أو لم تكن .

وأما الراعية : فحرزها بنظر الراعى إليها فما غاب عن نظره أو نام عنه فليس بمحرز لأن الراعية إنما تحرز بالراعى ونظره .

فقد اتفق أكثر من أوجبوا الحرز فى أمرين :

١ – البيت لا يكون حرزاً إلا إذا كان بابه مغلقاً(١).

٢ – من سرق من دار غير مشتركة السكنى لا يقطع حتى يخرج من الدار

واختلفوا فى أمور منها :

= وأما السائرة : فإن كان معها من يسوقها فحرزها نظره إليها سواء كانت مقطورة أو غير مقطورة وما كان منها بحيث لا يراه فليس بمحرز وإن كان معها قائد فحرزها أن يكثر الالتفات إليها والمراعاة لها ويكون بحيث يراها إذا التفت .

وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يحرز القائد إلا التى زمامها بيده لأنه يوليها ظهره ولا يراها إلا نادراً فيمكن أخذها من حيث لا يشعر .

ولنا « للحنابلة » أن العادة فى حفظ الإبل المقطرة بمراعاتها بالالتفات وإمساك زمام الأول فكان ذلك حرزاً لها كالتى زمامها فى يده فإن سرق من أحمال الجمال السائرة المحرزة متاعاً قيمته نصاب قطع ، وكذلك إن سرق الحمل . وإن سرق الجمل بما عليه وصاحبه نائم عليه لم يقطع لأنه فى يد صاحبه ، وإن لم يكن صاحبه نائماً عليه قطع ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا قطع عليه لأن ما فى الحمل محرز به فإذا أخذ جميعه لم يهتك حرز المتاع فصار كما لو سرق أجزاء الحرز .

ولنا « للحنابلة » أن الجمل محرز بصاحبه ولهذا لو لم يكن معه لم يكن محرزاً فقد سرقه من حرز مثله فأشبه ما لو سرق المتاع ولا نسلم أن سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع فإنه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه وجب قطعه . وهذا التفصيل فى الإبل التى فى الصحراء . فأما التى فى البيوت والمكان المحرز على الوجه الذى ذكرناه فى الثياب فهى محرزة والحكم فى سائر المواشى كالحكم فى الإبل على ما ذكرناه من التفصيل .

وانظر ص ٧٩ من المدونة جزء ١٦ : « قلت أرأيت إن أتى إلى قطار فاحتمل منه بعيراً أو سرق من محمل شيئاً قال : قال مالك : يقطع من حل بعيراً من القطار أو أخذ من المحمل شيئاً على وجه الاستسرار . قلت : أرأيت إن أخذ غرائر على البعير أو شقها فأخذ منه المتاع أيقطعه فى الوجهين جميعاً فى قول مالك . قال نعم قال : وقال مالك وإن أخذ ثوباً ملقى على ظهر البعير مستسراً لذلك قطع . قلت فإن أخذه غير مستسر وإذا أخذه مختلساً لم يقطع عند مالك » .

(١) وقد روى عن أحمد فى البيت الذى ليس عليه غلق يسرق منه ، أراه سارقاً . وهذا محمول على أن أهله فيه ، فأما البيوت التى فى البساتين أو الطرق أو الصحراء فإن لم يكن فيها أحد فليست حرزاً سواء كانت مغلقة أو مفتوحة لأن من ترك متاعه فى مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظاً له ، وإن أغلق عليه ، وإن كان فيها أهلها أو حافظ فهى حرز سواء كانت مغلقة أم مفتوحة ، انظر ص ٢٥٦ المغنى جزء ١٠ لابن قدامة .

١ — فى الأوعية وهل تعتبر حرزاً ؟

٢ — فى الدار المشتركة : فقد قال مالك[1] وآخرون تقطع يد السارق منها إذا أخرج المسروق من البيت . وقال أبو يوسف[2] ومحمد لا قطع

---

(١) هو الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر الأصبحى وجده الأعلى أبو عامر صحابى جليل . ولد مالك بالمدينة سنة ثلاث وتسعين ، أخذ عن نافع مولى ابن عمر وابن شهاب الزهرى وشيخه فى الفقه ربيعة الرأى . قال الشافعى عن مالك : مالك حجة الله على خلقه . وقد أجمع أقرانه ومن بعدهم على أنه إمام الحديث موثوق بصدق روايته . ألف الموطأ . قال له الخليفة أردت أن أعلق كتابك هذا فى الكعبة وأفرقه فى الآفاق وأحمل الناس عليه حسما للخلاف ، فقال له مالك : لا تفعل فإن الصحابة تفرقوا فى الآفاق ورووا أحاديث غير أحاديث أهل الحجاز التى اعتمدتها وأخذ الناس بذلك ، فاتركهم على ما هم عليه . روى عنه الحديث أساتذته ابن شهاب الزهرى وربيعة ، وروى عنه من أقرانه سفيان الثورى والليث بن سعد والأوزاعى وأبو يوسف ، وروى عنه من تلاميذه الشافعى ومحمد بن الحسن الشيبانى .

وقد امتحن مالك سنة ١٤٧ وضرب بالسياط وبقى مريضاً حتى مات وتوفى سنة ١٧٩ هـ .

(٢) أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم الأنصارى ولد سنة ١١٣ هـ كان أكبر تلاميذ أبى حنيفة وأفضل معين له ، وكان أبو حنيفة يواسيه لفقره ، ولولاه ما تعلم ، كان كثير الحديث لكن غلب عليه رأى أبى حنيفة . وإليه يرجع الفضل فى تخليد مذهب أبى حنيفة فلما أسند إليه منصب قاضى قضاة الدولة العباسية لم يستعمل على القضاء إلا من كان حنفياً ، رحل إلى مالك وأخذ عنه بعد أن ناظره فى مسائل وتوفى سنة ١٨٣ هـ ولم يبق من كتبه إلا كتاب الخراج وما نقله الشافعى فى كتاب « الأم » .

ومحمد هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى ولد سنة ١٢٢ هـ ونشأ بالكوفة سمع من مالك والأوزاعى والثورى وصحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه ولم يجالسه كثيراً لوفاة أبى حنيفة وهو حدث وأخذ عن أبى يوسف وصار مرجع الحنفية فى حياة أبى يوسف ، ونشأت بينهما وحشة واستمرت حتى توفى أبو يوسف . رحل إلى المدينة وأخذ عن مالك وله رواية خاصة للموطأ ، وقابله الشافعى ببغداد وناظره وقال عنه : أخذت من محمد وقر بعير من علم . قيل لأحمد : من أين لك هذه المسائل الدقيقة ؟ قال : من كتب محمد ، ولاه الرشيد القضاء ، وخرج معه فى سفره إلى خراسان وتوفى سنة ١٩٨ هـ .

انظر ص ٣٠١ جزء ٤ الدسوقى : فى التوضيح عن ابن عبد البر أن السوق المجعول عليه قيسارية تغلق بأبواب ويحيط بها ما يمنع وذلك كالجمالون والشرم والتربيعة بمصر لا يقطع سارق من حوانيته إلا إذا أخرجه خارج القيسارية لأنه حرز واحد لجميع ما فيه .

عليه إلا إذا أخرج من الدار كلها ، البيت جزء من الدار[1].

---

(١) انظر ص ٢٤٥ من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافى المالكى جزء ٨ نسخة مخطوطة بدار الكتب برقم د ١٩٧٨٣ .

فى المقدمات الدور ست :

دار حجرها ساكنها أو مالكها عن الناس يقطع سارقها إن خرج من الدار ويقطع إن خرج من بعض بيوتها ولم يخرج منها .

ودار أذن فيها ساكنها أو مالكها لخاص كالضيف أو رسول يبعثه ليأتيه بقماشه فيسرق ذلك الخاص من بيت حجر عليه فيه ففى المدونة لا يقطع وإن أخرجه من جميع الدار لأنه خائن لا سارق . وقطعه سحنون وإن لم يخرج من جميع الدار إذا أخرجه إلى موضع الإذن لشبهه بالشركاء فى ساحة الدار إذا سرق أحدهم من بيت صاحبه وأخرجه إلى ساحة الدار . وعنه لا يقطع حتى يخرجه من جميع الدار .

ودار أذن فيها إذناً عاماً كالعالم والطبيب أو يحجر على بيت منها دون بقيتها يدخل بغير إذن فيقطع من سرق من بيت محجور إذا خرج به من جميع الدار ، ولا يقطع السارق من قاعتها ولا من غير المحجور من بيوتها اتفاقاً حتى يخرج من جميع الدار لأن بقية الدار من تمام الحرز ففارقت الحجر فإنه لا يدخل إلا بإذن صاحبها .

ودار مشتركة بين ساكنيها مباحة لسائر الناس كالفندق فقاعته مباحة للبيع والشراء فهى كالمحجة فالسارق من البيوت من السكان أو غيرهم إذا أخذ من قاعة الدار قطع اتفاقاً .

ودار مشتركة بين ساكنيها محجورة عن الناس من سرق من بيت صاحبه قطع إذا خرج إلى قاعة الدار وإن لم يخرج عن الدار ولا أدخلها بيته ؛ ولا قطع فى السرقة من قاعة الدار وإن لم يخرج عن الدار ولا أدخلها بيته .

ودار انفرد بسكناها مع امرأته فسرقت الزوجة أو أمتها من بيت حجره عليهما أو الزوج أو عبده من مالها المحجور عليه فظاهر المدونة يقطع إذا أخرجه إلى موضع الاذن – وعن مالك لا يقطع لأنها خيانة .

وانظر ص ٢٥٢ من المرجع السابق .

وإن دخل بثوب الحرز فصبغه بزعفران وخرج به فإن زادت قيمته يوم الخروج نصاباً قطع بخلاف الدهن فى الرأس لأنه لا يزيد فى قيمة المدهون وإن كان عبداً . ويضمن الزعفران كله فى ملائه « أى عندما يكون قادراً على الدفع » .

وانظر ص ٢٥٩ من المغنى لابن قدامة جزء ١٠ .

ولا بد من إخراج المتاع من الحرز فتى أخرجه من الحرز وجب عليه القطع سواء حمله إلى منزله أو تركه خارجاً من الحرز وسواء أخرجه بأن حمله أو رمى به إلى خارج الحرز أو شد فيه =

٣ — فى القبر :

وهل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز[١].

قال مالك والشافعى[٢] وأحمد[٣] وجماعة منهم أبو يوسف وابن أبى ليلى والشعبى والنخعى وعطاء وحماد : هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر ابن عبد العزيز — كما قال به ابن حزم .

وقال أبو حنيفة ومحمد والأوزاعى وسفيان[٤] الثورى لا قطع عليه .

= حبلا ثم خرج فمده به أو شده على بهيمة ثم ساقها به حتى أخرجها أو تركه فى نهر جار فخرج به ففى هذا كله يجب القطع لأنه هو المخرج له . إما بنفسه وإما بآلته فوجب عليه القطع كما لو حمله فأخرجه وسواء دخل الحرز فأخرجه أو نقبه ثم أدخل إليه يده أو عصا لها شجنة فاجتذبه بها وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه إلا أن يكون البيت صغيراً لا يمكنه دخوله لأنه لم يهتك الحرز بما أمكنه فأشبه المختلس .

(١) انظر ص ١٧١ من الخراج وانظر ص ٢٥١ من الأحكام السلطانية لأبى يعلى الحنبلى .

(٢) الإمام الشافعى هو أبو عبدالله محمد بن ادريس بن العباس يلتقى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عبد مناف ولد بغزة فى فلسطين سنة ١٥٠ هجرية تفقه فى مكة ثم رحل إلى مالك وأخذ عنه الموطأ . وقال أحمد . ما عرفت ناسخ الحديث من منسوخه حتى جالست الشافعى . اختلط بمحمد بن الحسن واطلع على كتب فقهاء العراق ثم عاد إلى مكة واختلط بعلمائها ثم عاد إلى العراق سنة ١٩٨ هجرية ثم ارتحل إلى مصر وخالط علماءها ورأى عادات مختلفة تغير وجه الاجتهاد عنده فى بعض مسائله وعرف ذلك بالمذهب الجديد . توفى بمصر سنة ٢٠٤ هجرية .

(٣) هو الإمام أبو عبدالله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيبانى المروزى البغدادى ولد ببغداد سنة ١٦٤ هجرية ونشأ بها — وصار إمام المحدثين فى عصره رحل إلى مكة والمدينة والشام واليمن والكوفة والبصرة وتفقه على الشافعى حين قدم بغداد . وقد امتحن أحمد فى زمن المأمون والمعتصم والواثق بالضرب والحبس والإهانة ليقول بخلق القرآن فأبى كل الاباء عاش على الكفاف توفى ببغداد سنة ٢٤١ هجرية .

(٤) هو سفيان بن سعيد بن مسروق النورى المضرى وقيل له الثورى نسبة إلى ثور ابن عبد مناة ، أحد أجداده وهو من تابعى التابعين ولد سن ٩٧ هجرية ومن أقرانه شعبة ، ومالك ، والأوزاعى — قال غير واحد من العلماء : سفيان أمير المؤمنين فى الحديث . قال مالك : كانت العراق تجيش علينا بالدراهم والثياب ، ثم صارت تجيش علينا بالعلم منذ جاء سفيان وقد عاصر سفيان أبا حنيفة بالكوفة إلا أنه كان على طريقة أهل الحديث الذين يتذممون من الرأى ومات بالبصرة متوارياً من جور الخلفاء الذين كان ثائراً عليهم سنة ١٦١ هجرية .

وروى ذلك عن زيد بن ثابت(١).

---

(١) انظر ص ٥٠٩ جزء ٢ الجصاص وانظر ص ٢١٨ جزء ٣ من الزيلعى :

«وبنبش» أى لا يقطع بسبب نبش وهو قول ابن عباس رضى الله عنه ، وقال الشافعى يقطع وهو قول أبى يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام «من نبش قطعناه» ولأنه سرق مالا متقوماً يبلغ نصاباً من حرز مثله فوجب القطع به اعتباراً بسائر أنواع الحرز .

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : «لا قطع على المختفى» وهو النباش بلغة أهل المدينة ولأنه تمكن الخلل فى السرقة والملك والمالية والحرز والمقصود وكل واحد منها يمنع القطع .

أما الأول فلأن السرقة أخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم أو غفلة والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه وإنما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يكون فى معناه ولهذا اختص باسم آخر ولا يسمى سارقاً فلا تتناوله آية السرقة .

وأما الثانى : فلأنه لا يملك الميت حقيقة لعجزه لأن الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينافيه .

وأما الثالث فلأن المال عبارة عما تميل إليه النفوس وتضن به وهو مخلوق لمصالح الآدمى والطباع السليمة تنفر عنه فضلا عن أنها تضن به .

وأما الرابع : فلأنه ليس بمحرز بالميت لأنه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لأنه حفرة فى الصحراء فلا يكون حرزاً ولهذا لو دفن فيه مال آخر غير الكفن لا يقطع سارقه .

وأما الخامس فلأن المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج إلى الزاجر . والذى يدل على ذلك أن نباشاً أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يبينوا فيه شيئاً فعزره أسواطاً ولم يقطعه .

انظر ص ٢٤١ من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافى المالكى جزء ٨ .

قال مالك القبر حرز بما فيه سواء كان فى البيت أو الصحراء يقطع سارقه إن أخرجه إلى وجه الأرض وإن كفن وطرح فى البحر قطع آخذ كفنه شد آلى خشبة أم لا ، ووافقنا أحمد وقال إن كان القبر فى دار أو فى المقابر قطع أو فى الصحراء فقولان مبنيان على أن الولى يضمن الكفن فلا يقطع أو لا فيقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع مطلقاً . لنا العموميات والأقيسة على المنازل وغيرها وقوله تعالى «ألم نجعل الأرض كفاتاً أحياء وأمواتاً» فالدور كفات الأحياء والقبر كفات الأموات . وروى عنه عليه السلام أنه قال : من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه ومن نبش قطعناه وكتب ابن مسعود إلى عمر بن الخطاب فى نباش فأمر بقطعه وقطع ابن الزبير نباشاً فى عرفات . . .

واحتج «الرأى المعارض» بأنه لا يسمى سارقاً بل نباشاً وعند أهل المدينة يسمى المختفى قالت عائشة لعن الله المختفى والمختفية، وقال عليه السلام لا قطع على المختفى ولأن القبر ليس =

واختلف الفقهاء فيما إذا كان القبر فى بيت مقفل،قال محمد : والأصح عندى أنه لا يجب القطع سواء نبش الكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لأن بوضع القبر فيه اختلت صفة الحرزية فى ذلك البيت فإن لكل واحد من الناس تأويلا للدخول فيه لزيارة القبر فلا يجب القطع على من سرق منه شيئاً . وكذلك يختلفون فى قاطع الطريق إذا أخذ الكفن من تابوت فى القافلة ولم يأخذ شيئاً آخر ، فمنهم من قال يقام عليه الحد لأنه محرز بالقافلة ، قال محمد : والأصح عندى أنه لا يجب القطع لاختلاف صفة المالكية والمملوكية فى الكفن(١).

والكفن الذى يقطع بسرقته فى رأى من يقول بالقطع ما كان مشروعاً فإن كفن الرجل فى أكثر من ثلاث لفائف أو المرأة فى أكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو تركه فى تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيباً مجموعاً أو ذهباً أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخذ شىء من ذلك لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً ولا يقطع سارقه(٢).

= بحرز لأنه لا قفل عليه ولأنه لا يحرز فيه الدنانير كسائر الأحراز – ولو دفن معه لم يقطع آخذه اتفاقاً ، ولو كان حرزاً لكان حرزاً لما زاد على الكفن المعتاد ، ولو كفن فى عشرة أثواب فسرق الزائد على الكفن لم يقطع ولأن الكفن إنما يوضع للبلى لا للحفظ ولو وضع الكفن فى قبر بغير ميت لم يكن حرزاً له ولو وضع الميت على شفير القبر لم يقطع سارق كفنه .

والجواب عن الأول أنه سارق لقول عائشة : سارق موتانا كسارق أحيانا . ويقال فى العرف سارق الكفن ولأن السارق الآخذ خفية والنباش كذلك .

وعن الثانى يحمل الحديث على ما إذا لم يخرجه أو له فيه شبهة جمعاً بين الأدلة .

وعن الثالث أن حرز كل شىء على حسبه فقد يصلح حرزاً لشىء دون غيره لأن ضابط الحرز العرف العادة . والعادة فى الأموال مختلفة اتفاقاً وهو الجواب عن الزائد فى الكفن والمال مع الميت لأنه خلاف العادة .

وعن الرابع أنه يقصد حفظه عليه فى القبر حتى يبلى وكونه يبلى لا ينافى قصد الحفظ .

وانظر ص ٢٨٠ من المغنى لابن قدامة جزء ١٠ ، وانظر ص ٣٣٠ من المحلى لابن حزم .

(١) انظر ص ١٦٠ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ٢٨٢ جـ ١٠ المغنى .

أما فى الفقه الغربى فالظاهر أن اختلاس الأكفان وغيرها من الأمتعة التى تودع مع الموتى محل خلاف ، فقد يقال فى ذلك إن هذه الأشياء تعد من قبيل المتروكات وبهذا أخذت محكمة نابولى الإيطالية .

ولكن محكمة النقض الفرنسية عدت الفعل سرقة لأنها رأت أن هذه الأمتعة موضوعة لغرض خاص ولا يجوز لأحد امتلاكها بوضع اليد إذ لم يكن فى نية واضعيها التخلى عنها لمن يريدها .

كذلك قررت محكمة النقض والإبرام فى حكم فى القضية ١١٧٥ لسنة ١٩٣٦ « أن هذه الأشياء لا يمكن بحال ما عدها من قبيل المال المباح يسوغ لكل شخص تملكه بالاستيلاء عليه . وقضت بناء على ذلك بأن الشروع فى اختلاس شىء مما هو متروك مع الموتى يعد شروعاً فى سرقة معاقباً عليه قانوناً[1].

٤ ــ لا يقطع الإمام مالك سارق ما كان على الصبى من الحلى أو غيره إلا أن يكون معه حافظ عليه .

٥ ــ إذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب فى البيت فتناوله الآخر ، فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما : وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب[2].

* * *

والأخذ على سبيل الاستخفاء من الحرز قد يكون مباشرة وقد يكون تسبباً . أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع . وإخراجه من الحرز

---

(١) انظر ص ٢١٤ من الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك جزء ٥ .

(٢) انظر ص ٣٧٦ من بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد .

انظر ص ٢٣٥ من الذخيرة للقرافى جزء ٨ النسخة المخطوطة « وإن جر ثوباً على حائط بعضه فى الدار وبعضه خارج فلا يقطع إن كان إلى الطريق » .

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحماوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل، فالقياس ألا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر[1] وفي الاستحسان يقطعون جميعاً[2].

---

(١) هو زفر بن الهزيل بن قيس الكوفي ولد سنة ١١٠ هـ ولما شب طلب الحديث وتفقه بأبي حنيفة وكان أكثر أصحاب أبي حنيفة أخذاً بالقياس . كما أن أبا يوسف أكثرهم اتباعاً للحديث ، ومحمد بن الحسن أكثرهم فروعاً واستنباطاً . وكان أبو حنيفة يبجله ويعظمه . وقد أكره زفر على أن يلي القضاء فأبى واختفى مدة فهدم منزله ثم خرج وأصلح منزله ثم أكره وهدم منزله ولم يقبله . وقد مات بالبصرة سنة ١٥٨ هـ فهو أسبق أصحاب أبي حنيفة موتاً .

(٢) انظر ص ٦٥ و ٦٦ البدائع جزء ٧ « أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء والأخذ على وجه الاستخفاء نوعان : مباشرة وتسبب » .

أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز وأخذ متاعاً فحمله أو لم يحمله ، حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرجه ، فلا قطع عليه ، لأن الأخذ إثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الحرز ولم يوجد . وإن رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز ، فلا قطع عليه ، لأن يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز ، يقطع .

ولو رمى به إلى صاحب له خارج الحرز فأخذه المرمى له ، فلا قطع على واحد منهما ، أما الخارج فلأنه لم يوجد منه الأخذ من الحرز ، وأما الداخل فلأنه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه . السارق إذا نقب منزلا وأدخل يده وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع . ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافاً . وقال أبو يوسف في الاملاء : أقطع ولا أبالي دخل الحرز أو لم يدخل .

وعلى هذا الخلاف إذا نقب وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فدفع . وجه قوله إن الركن في السرقة هو الأخذ من الحرز ، فأما الدخول في الحرز فليس بركن ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو في الجوالق وأخرج المتاع يقطع وإن لم يوجد الدخول . ولهما ما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال وإذا كان اللص ظريفاً لم يقطع ، وقيل كيف يكون ظريفاً ، قال يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها . ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً . ولأن هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لأن به تتكامل الجناية ، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوالق لأن هتكهما بالدخول متعذر، فكأن الأخذ بادخال اليد فيهما هتكاً متكاملا ، فيقطع . ولو أخرج السارق المتاع من =

كما أن هذا الركن يسقط بالإذن بالدخول . فلو أذن لضيف بالدخول فسرق لا يقطع .

كذا لو سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو سرق العبد من سيده ، أو زوجة سيده ، أو زوج سيدته لا يقطع لوجود الإذن السابق بالدخول .

وسنتكلم عن ذلك بالتفصيل فيما بعد .

* * *

مما تقدم نستطيع أن نستخلص النتائج الآتية :

أولا : أن الخفية شرط جوهرى لاكتمال الركن الأول من أركان جريمة السرقة(١).

= بعض بيوت الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار ، لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد .

فلم يكن الإخراج إلى صحن الدار إخراجاً من الحرز ، بل هو نقل من بعض الحرز إلى البعض بمنزلة النقل من زاوية إلى زاوية أخرى . ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة لبلا حتى سرق منه متاعه يقطع ، لأنه إن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لأن الغوث لا يلحق لكونه وقت نوم وغفلة ، فتحققت السرقة والله تعالى أعلم » .

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل . فالقياس ألا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر . وفى الاستحسان يقطعون جميعاً . وجه القياس أن ركن السرقة لا يتم إلا بالإخراج من الحرز ، وذلك وجد منه مباشرة ، فأما غيره فمعين له ، والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب . وجه الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى ، لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلا باعانة الباقين وترصدهم للدفع ، فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ، ولهذا ألحق المعين بالمباشر فى قطع الطريق وفى الغنيمة كذا هذا . ولأن الحامل عامل لهم فكأنهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولأن السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل برصد البعض فلو جعل ذلك مانعاً من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة فى باب قطع الطريق كذا هذا » .

(١) انظر ص ٢٩٨ جزء ٣ ابن عابدين :

وهل العبرة فى الخفية لزعم السارق أن رب الدار لم يعلم به أم لزعم أحدهما . وإن كان رب =

ثانياً : يضاف للخفية على أرجح الأقوال أن يكون الأخذ خفية من حرز سواء كان ذلك الحرز مكاناً أو حافظاً .

ثالثاً : اختلف الفقهاء فى معنى الحرز إلا أنهم اتفقوا على أن كل من سمى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان داخل الحرز أو خارجه .

رابعاً : اختلف الفقهاء أيضاً فى حرز المثل بمعنى أنه يلزم لكى تقطع يد السارق فى جريمة السرقة أن يسرق من حرز المثل فالشاة والإبل والبقر حرزها الحظائر، والياقوت والماس والزبرجد حرزه المنازل والخزائن .

ومعيار الخلاف عندهم العرف والعادة ؛ أو الحقيقة . فرأى يقرر أنه لو سرق اللؤلؤ من الإصطبل لا يقطع باعتبار العرف والعادة . فحرز الشيء هو المكان الذى يحفظ فيه عادة والناس لا يحرزون الجواهر فى الإصطبل .

ورأى يقرر أنه لو سرق اللؤلؤ من الإصطبل يقطع لأن حرز الشيء ما يحرز ذلك الشيء حقيقة ، والإصطبل حرز لأى شيء[1].

* * *

وطالما وضح ذلك الفرق بين التشريعين ، التشريع الوضعى الذى يوسع فى مدلول كلمة الاختلاس، والتشريع الإسلامى الذى يضيق فى مفهومه إلى

= الدار فيه خلاف ويظهر ذلك فيما لو ظن السارق أن رب الدار علم به مع أنه لم يعلم فالخفية هنا فى زعم رب الدار لا فى زعم السارق .

ففى الزيلعى لا يقطع لأنه جهر فى زعمه وفى الخلاصة والمحيط والذخيرة يقطع اكتفاء بكونها خفية فى زعم أحدهما أما لو زعم اللص أنه لم يعلم به مع أنه عالم يقطع اكتفاء بزعمه الخفية وكذا لو لم يعلما اتفاقاً وأما لو علما فلا قطع فالمسئلة رباعية أفاده فى البحر .

(١) انظر ص ٧٦ من بدائع الصنائع جزء ٧ ، ص ٢١٨ الزيلعى جزء ٣ ، ٢٧٧ المهذب جزء ٢ ، ص ٢١٨ الأحكام السلطانية للماوردى . وانظر أحكام القرآن للجصاص ص ٥٠٩ جـ ٢.

أبعد حد – رحمة بالناس – فلا محل للبحث فى تلك المشاكل التى واجهت الفقه الغربى وهى :

١ – حالة السرقة من حرز مغلق مفتاحه مع الجانى(١).

٢ – حالات تسليم الشيء للمتهم عن خطأ أو عن غش منه أو اضطرار أو تسليمه الشيء للاطلاع وفحصه ورده بالتالى .

٣ – السرقة فى البيوع التى تحصل بالنقد .

٤ – السرقة فى المصارفة أو المقايضة .

ففى جميع هذه الأحوال وما يشابهها لا تكتمل أركان جريمة السرقة فى الفقه الإسلامى . وبالتالى تنتفى عقوبة قطع اليد .

ومن البديهى أن الجانى فى مثل هذه الأحوال يعاقب بالتعزير لسقوط الحـــد .

---

(١) من المسائل التى اختلف فيها النظر فى الفقه الغربى حالة ما إذا كان الشيء موضوع الاختلاس فى حرز مغلق كأموال معينة فى مخزن أو ملابس وحلى فى حقيبة أو دولاب أو ما أشبه . فى مثل هذه الأحوال يعتبر عادة تسليم المفتاح ، مفتاح المخزن أو الحقيبة أو الدولاب قرينة على تسليم المنقولات الموجودة بداخل الحرز .

ولكن ما الحكم فى الحالة العكسية أى إذا ما احتفظ المسلم بالمفتاح رغم تسليمه الحرز المغلق ، هل يعتبر المسلم إليه سارقاً إذا ما اختلس شيئاً مما فى داخل الحرز ؟ المسألة دعت إلى جدل طويل وتضاربت فيها أحكام المحاكم الفرنسية فرأى البعض فيها خيانة أمانة وذهبت بعض الأحكام إلى اعتبارها سرقة بسيطة ، وتغالى البعض فاعتبرها سرقة بكسر ، ويرى جارسون اعتبار هـــذه الحالة سرقة .

ويرى الدكتور القللى أن الفعل تبديد . أما إذا كان الحرز قد نسى أو ترك سهواً أو قصداً ولكن لا بقصد الوديعة فإن اختلاس ما بداخلة لا شك يعد سرقة وذلك لعدم حصول تسليم ينفى الاختلاس .

انظر فيما سبق ص ٢٣ من كتاب جرائم الأموال للدكتور محمد مصطفى القللى طبعة سنة ١٩٤٣

ثانياً – **شيئاً منقولا :**

اتفق الشراح على أن السرقة لا تتم إلا بأخذ الشيء ونقله من حيازة المجنى عليه إلى حيازة الجانى ، وهذا لا ينطبق إلا على المنقولات . أما العقارات فلا تصلح محلا للسرقة لأنه لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر .

والمراد بالمنقول أن يكون بحسب طبيعته منقولا بصرف النظر عن الصفة القانونية التى قد يصفها به القانون المدنى . فالعقارات بالاتصال كالشبابيك والأبواب وأحجار المناجم . وكذلك العقارات بالتخصيص كأدوات الزراعة وآلات المصانع كلها منقولات لأنها قابلة للنقل وبالتالى للسرقة .

ولا عبرة بقيمة الشيء المسروق فيعد سرقة اختلاس أى شيء منقول مهما كانت قيمته حتى ولو لم تكن سوى قيمة أدبية لا يقدرها سوى المجنى عليه[1].

والماء إذا احتازه الإنسان وأصبح بذلك ملكاً له يعد مالا قابلا للسرقة[2]. فمتى كان المنقول يمكن تملكه يكون محلا للسرقة ولذا لا يمكن أن يكون الإنسان موضوعها . ولا يهم بعد ذلك أن تكون حيازة الشيء المسروق مباحة أو محرمة كالحشيش أو الأسلحة النارية غير المرخص بها كذلك استرداد ما يخسره الشخص فى لعب القمار بدون رضا من كسبه يعد سرقة .

كذلك الحقوق والالتزامات لا يمكن سرقتها وإنما يمكن سرقة المستندات المثبتة لها كالسندات والإيصالات .

---

(١) ص ٢٠١ الموسوعة الجنائية جزء ٥ جندى عبد الملك .

(٢) وقال فى الموازية : ويقطع فى كل شيء حتى الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره وكذلك الحطب والعلف والتبن والورد والياسمين والرمان والرماد إذا كانت قيمته نصاب وسرق من حرزه .

كذلك لا يكون موضوعاً للسرقة قوى الطبيعة التى ليس لها كيان مادى . ولا يمكن حيازتها كالحرارة والبرودة وضوء النهار .

* * *

أما الفقه الإسلامى فيبعد كثيراً عن هذه الأفكار وهو بهذا يتمشى مع منطقة فى العقوبة، إذ أن شدة العقوبة استتبعت كثرة القيود والشروط رعاية للعباد ودرءاً للحدود بالشبهات . ولذلك يلزم فى الفقه الإسلامى أن يكون الشيء المسروق مالا بصفة عامة، وقد وضع لذلك الشرط أيضاً قيود عديدة ونبين ذلك : فقد اتفق الفقهاء على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فإنه يجب فى سرقته القطع . واختلفوا فى أمور منها :

١ – الأشياء الرطبة المأكولة أو السريعة الفساد .

٢ – الأشياء مباحة الأصل أو التافهة .

٣ – الأشياء المحرمة فى الإسلام .

٤ – الأطفال والعبيد .

٥ – الكتب والمصحف وقناديل المساجد وأبوابها وأمثال ذلك .

فجميع هذه الأمور اختلف الفقهاء فى جواز القطع فيها . كل طائفة لها رأى ، ونبحث الأمر فى تفصيل لأهمية ذلك من الناحية العملية .

١ – الأشياء الرطبة المأكولة أو السريعة الفساد .

وهى كاللبن واللحم والفواكه الرطبة[١] .

يرى أبو يوسف والشافعى – ومالك وأبو ثور[٢] وروى عن الحنابلة

---

(١) انظر ص ٢٦١ من المغنى لابن قدامة جزء ١٠ .

« ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا يقطع لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه . قال بذلك الحنفية والثورى وعند الشافعى عليه القطع – كذا عند أحمد » .

(٢) هو إبراهيم بن خالد بن اليمان أبو ثور الكلبى البغدادى . أحد الشافعيين البغداديين =

أنه يقطع سارقها لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبدالله بن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال : من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه . ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله . ومن سرق شيئاً بعد أن يأويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع(1).

ويرى باقى الفقهاء أنه لا يقطع فى شيء من ذلك ويستدلون بالأدلة الآتية :

(ا) حديث أخرجه أبو داود فى المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصرى(2) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنى لا أقطع فى الطعام .

(ب) قوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع فى ثمر ولا كثر » والكثر الجمار ، وهو شيء أبيض لين يخرج من رأس النخل .

(حـ) بالنسبة لحديث عبدالله بن عمر السابق ذكره والذى يستدل به الشافعى على القطع يقولون إن الجرين هو المكان الذى يلقى فيه

=كان فقيهاً ورعاً . سئل الإمام أحمد بن حنبل عن مسألة فقال : سل الفقهاء،سل أبا ثور . وقد صار له مذهب خاص مدون ، وأتباع لم يكثروا ولم تطل مدتهم وقد توفى سنة ٢٤٠ هـ ، وانظر ص ٢٢٧ جزء ١ من طبقات الشافعية .

(١) انظر ص ٢٤٧ من المغنى جزء ١٠ لابن قدامه .

وما عدا هذا من الأموال ففيه القطع سواء كان طعاماً أو ثياباً أو حيواناً أو أحجاراً أو قصباً أو صيداً أو نورة أو جصاً أو زرنيخاً أو توابل أو زجاجاً أو غيره . وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا قطع على سارق الطعام الرطب الذى يتسارع إليه الفساد كالفواكه والطبائخ لقول الرسول لا قطع فى ثمر ولا كثر .

(٢) هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن بن يسار البصرى إمام أهل البصرة فى زمانه . من سادات التابعين وكبرائهم ، جمع كل علم وزهد وورع وعبادة ، مع فصاحة وفطنة ، وكان له مع الحجاج وقعات سلم من شرها ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر ، وتوفى سنة ١١٠ هـ سئل عن ولاية يزيد بن معاوية فلم يستصوبها ، على حين أن الشعبى وابن سيرين لم يجرءوا على إبداء رأيهما ، كان إذا ذكر عند أبي جعفر الباقر قال : ذاك الذى يشبه كلامه كلام الأنبياء .

انظر ص ١٢٨ جزء ١ ابن خلكان ، شذرات الذهب جزء ١ ص ١٣٦ .

الرطب ليجف . أما الشافعي فيقول أن ما يأويه الجرين هو اليابس من الثمار عادة وفيه القطع [1].

٢ ـ الأشياء مباحة الأصل :

اختلف الفقهاء فى الأشياء التى أصلها مباح كالأسماك والطيور ، ويدخل فى السمك أنواعه المختلفة ما كان منها طرياً أو مالحاً . وفى الطير الدجاج والبط والحمام .

وقد روى عن عبدالله بن يسار قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن : قال عثمان : لا قطع فى الطير . وفى رواية أخرى أن عمر بن عبد العزيز استفتى فى ذلك السائب بن يزيد فقال : ما رأيت أحداً قطع فى الطير . وما عليه فى ذلك قطع فتركه عمر[2] وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأصحابهما ويحتجون بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكلأ والنار » أثبت فيه شركة عامة فإذا انتفت الشركة بالإحراز حقيقة تورث شبهة وهى دارئة للحد كمال بيت المال .

وقوله عليه الصلاة والسلام : « الصيد لمن أخذه » يورث شبهة ، وإذا ثبتت الشبهة فى هذه الأشياء وهى توجد مباحة فى دار الإسلام فكذا أمثالها[3]

---

(١) انظر ص ٢٢٧ فتح القدير ، ص ٢٨٠ المهذب جزء ٢ ، ص ٢١٥ الزيلعى جزء ٣ ، ٥١٦ جزء ٢ الجصاص .

(٢) انظر ص ٢١٧ من فتح القدير جزء ٤ ، وانظر ص ٣٣٣ المحلى لابن حزم ، الزيلعى جزء ٣ ص ٢١٥ .

(٣) قال الفقهاء : لا قطع فى الكلب والفهد لأن جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن اختلاف العلماء فى مالية الكلب يورث شبهة . ولو كان على الكلب طوق . وانظر ص ٢١٥ الزيلعى جزء ٣ وانظر فى سرقة الماء والثلج ص ٢٤٧ المغنى جزء ١٠ . انظر ص ١٥٦ جزء ٧ المنتقى .

وقال بعض الفقهاء منهم مالك والشافعى وأصحابهما يقطع فى ذلك إذا سرق من حرز فقد سرق مالا متقوماً من حرز لا شبهة فيه فوجب قطعه فيه وكونه يوجد فى دار الإسلام مباحاً لا تأثير له كالفيروز والذهب والفضة .

وقال بعض الفقهاء : الطير المعتبر مباحاً ، هو الذى يكون صيداً سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لأنه بمعنى الأهلى .

ولا يقطع فى النورة ونحوها لما ورد عن عائشة قالت لم يكن قطع السارق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه الحقير فكل ما كان تافهاً مباح الأصل فلا قطع فيه ، والزرنيخ والحصى والنورة ونحوها تافهة مباحة الأصل لأن أكثر الناس يتركونه فى موضعه مع إمكان القدرة عليه(١).

٣ - الأشياء المحرمة فى الإسلام :

كالخمر والخنزير لأن المسلم غير مباح له الانتفاع بهما وملكيته لهما ملكية غير محترمة ، لا غرم على من أتلفهما فى يده فهو مال غير متقوم ولذلك فلا قطع على سارقها(٢).

---

(١) انظر ص ٥١٧ جزء ٢ الجصاص : والنورة هى أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره وتستعمل لإزالة الشعر .

(٢) انظر ص ٢٢٧ من كتاب الذخيرة جزء ٨ .

لا قطع فى خمر ولا خنزير وإن كان لذمى سرقة مسلم أو ذمى . وللذمى قيمته . قال ابن يونس قال عبد الملك لا قيمة فيما حرم الله تعالى وفيه الأدب . ولا قطع فى كلب الصيد لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم غرم ثمنه ، ولا فى جلد الميتة وإن دبغ ، قال مالك لا يقطع فى كلب الصيد . وقال أشهب يقطع فى كلب الصيد والماشية وهو على الخلاف فى جواز بيعه . قال ابن حبيب إن سرق الأضحية قبل الذبح قطع وبعده لا قطع لأنها لا تباع وإن سرق لحمها ممن تصدق عليه قطع وإن سرق مزماراً أو غيره من آلات الطرب وقيمته بعد الكسر نصاب قطع وإلا فلا : سرقه مسلم أو ذمى من مسلم أو ذمى لأن على الإمام كسرها عليهم إذا أظهروها وإن كان فيها فضة نصاب حلى بها قطع . وإن سرق دفا قيمته صحيحاً نصاب قطع للرخصة فى اللعب به قال اللخمى ما جاز بيعه وملكه قطع به . وما لا يجوز بيعه ولا ملكه لا يقطع فيها . وما يجوز ملكه دون بيعه قطعه ابن القاسم فيه دون أشهب. وقطع أشهب فى لحم الأضحية بعد الذبح لأن المنع من بيعها لحق =

كذلك قالوا : لا قطع على من يسرق الطنبور ونحوه من آلات الملاهى بلا خلاف أيضاً لعدم تقومها .

إنما اختلفوا فى الأشربة المطربة ، أى المسكرة ، خلاف نبيذ العنب ، فقال الأئمة الثلاثة إن سارقها لا يقطع كسارق الخمر ، وقال الحنفية : إنه إن كان الشراب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد فلا يقطع وإن كان مراً ، فإن كان خمراً فلا قيمة لها ، وإن كان غيرها فللعلماء فى تقومه اختلاف فلم يكن فى معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به فى موضع وجوب الدرء بالشبهة ، ولأن السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الإراقة فتثبت شبهة الإباحة بازالة المنكر(١).

ومن سرق كلباً نهى عن اتخاذه لم يقطع ، واختلف فيه إذا كان كلب صيد أو ماشية ، فقد قال أشهب يقطع وإن كنت أنهى عن بيعه ، وقال ابن القاسم لا قطع فى كلب لصيد ولا لغيره .

٤ — سرقة الطفل والعبد :

لا قطع على سارق الصبى الحر وإن كان عليه حلى لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له .

وقال أبو يوسف يقطع إذا بلغ ما عليه نصاباً لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره . والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم .

= الله تعالى فأشبه حجارة المسجد . وقال أشهب يقوم البازى (الصقر)،غير المعلم والمشهور أرجح إلا أن يراد اللهو ، ولو قصد بالحمام حمل الأخبار لا للهو قوم عليه معلمه .

وانظر ص ٢٨٢ المغنى جزء ١٠ .

قال عطاء إن سارق خمر الذمى يقطع وإن كان مسلماً لأنه مال لهم أشبه ما لو سرق دراهمهم . وانظر ص ٣٥ : من المحلى لابن حزم الجزء ١١ ورأيه أن لا عقوبة على سارق الخمر

(١) انظر ص ٢٢٩ فتح القدير جزء ٤ .

لأنه لو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعاً لأنه فى يد نفسه فكان أخذه خداعاً ولا قطع فى الخداع .

أما سارق العبد الصغير فيقطع لأنه مال متقوم . قال ابن المنذر : إن الإجماع انعقد على ذلك مع أن أبا يوسف استحسن عدم القطع لأنه مال من وجه وآدمى من وجه آخر فصار كونه آدمياً شبهة فى ماليته فيندرىء الحد .

أما سارق العبد الكبير المميز المعبر عن نفسه فلا يقطع أيضاً إلا إذا كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره فى الطاعة فحينئذ يقطع ، ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره باقى الفقهاء[1].

٥ ـ سرقة الكتب وقناديل المساجد وأبوابها وأمثال ذلك :

والمقصود الأشياء التى لها قيمة مادية وإنما قيمتها المعنوية هى المقصودة كالمصحف والكتب وأستار الكعبة وغيرها .

فقال الشافعى إنه يقطع لسرقته ذلك لأنها أموال متقومة يجوز بيعها . وقال بذلك أيضاً مالك وأبو يوسف ـ وهو ظاهر كلام أحمد . ويقطع أيضاً فى رأيهم إن كانت هذه الأشياء محلاة بحلية ، بلغت نصاباً .

وحجة من لا يرى القطع أن الآخذ للكتب يتأول فى أخذها القراءة والنظر فيها ولأنه لا مالية لها على اعتبار المكتوب ، وإحرازها لأجلها لا للجلد والأوراق والحلية إنما هى توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر والآنية تربو على النصاب ، وكمن سرق صبياً وعليه حلى كثيرة لا يقطع لأن المقصود ليس المال[2].

(١ ، ٢) انظر ص ٢٨١ المهذب للشيرازى جزء ٢ ، ص ٢٢٩ فتح القدير جزء ٤ .

وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فيه نبيذ أو ثريد أو كلب عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبى يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة . وعند أبى حنيفة ومحمد أن الإناء تابع وإذا لم يجب فى المتبوع القطع لم يجب فى التابع . =

قال فى المبسوط : « ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوى عشرة ووجد فى جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وإن كان يعلم فعليه القطع — وعن أبى يوسف عليه القطع فى الأحـــوال كلها ، لأن سرقته تمت فى نصاب كامل » .

وعند من يرى عدم القطع فى الكتب يقول إن المقصود منها ما فيها وليس بمال إلا فى دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الأوراق وهو مال متقوم فإذا بلغ قيمته نصاباً يقطع .

ولا يقطع بسرقة شىء كان قد سرقه من قبل وقطع فيه إذا لم يتغير عن حالته الأولى وإن تغير بأن كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم رده إلى صاحبه

= وانظر ص ٢٣١ فتح القدير جزء ٤ .

انظر ص ٢٥٥ من المغنى جزء ١٠ .

وإن سرق باب مسجد منصوباً أو باب الكعبة المنصوب أو سرق من سقفه شيئاً أو تأزيره ففيه وجهان :

(أحدهما) عليه القطع وهو مذهب الشافعى وابن القاسم صاحب مالك وأبى ثور وابن المنذر لأنه سرق نصاباً محرزاً بحرز مثله لا شبهة له فيه فلزمه القطع كباب بيت الآدمى .

(والثانى) لا قطع عليه وهو قول أصحاب الرأى لأنه لا مالك له من المخلوقين فلا يقطع فيه كحصر المسجد وقناديله فإنه لا يقطع بسرقة ذلك وجهاً واحداً لكونه ممن ينتفع به فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال ، وقال أحمد لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجية منها ، وقال القاضى هذا محمول على ما ليست بمخيطة لأنها إنما تحرز بخياطتها ، وقال أبو حنيفة لا قطع فيها بحال .

وانظر ص ٢٣٠ من الذخيرة جزء ٨ النسخة المخطوطة .

احتج من يقول بعدم القطع فى المصحف بأنه يمتنع بيعه فهو كالولد — ولأن فيه شبهة لأن عليه أن يتعلم القرآن فيتعلمه منه أو رأى فيه لحناً فأخذه ليصلحه والجواب عن الأول أنه يجوز بيعه .

وعن الثانى لا نسلم أن المصحف يتعين التعليم منه .

وعن الثالث لا نسلم أن اللحن يبيح أخذه بل يقول له فيه لحن فأصلحه .

وفى ص ٢٣٦ من نفس المرجع .

قال أشهب لا قطع فى حصر المسجد وقناديله وبلاطه للأذن فى الدخول . ويقطع فى القمح الذى يجمع فى المسجد من زكاة الفطر وإن لم يخرج به قاله مالك .

فنسجه أو نحو ذلك ثم سرقه قطع فيه ثانياً، والقياس أن يقطع وإن لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي يوسف لقوله صلى الله عليه وسلم : « فإن عاد فاقطعوه » من غير فصل ولأنه سرق معصوماً كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالأول ، بل أولى(١).

* * *

شرط النصاب :

جمهور الفقهاء على اشتراط نصاب معين فى جريمة السرقة، إلا ما روى عن الحسن البصرى والخوارج(٢) وطائفة من المتكلمين من أن القطع فى قليل المسروق وكثيره .

---

(١) انظر ص ٢١٩ جزء ٣ الزيلعى .

(٢) يرى الخوارج أن تحكيم على فى خلافه مع معاوية خطأ فالتحكيم شك والشك لا يتفق مع الإيمان .

وقد أبوا أن يرجعوا إلى على إلا بشرطين :

١ – أن يقر على نفسه بالخطأ ، بل بالكفر لقبوله التحكيم .

٢ – أن ينقض ما أبرم مع معاوية من شروط .

ولما لم يوافق على مطالبهم انشقوا عليه نهائياً وأمروا عليهم عبدالله بن وهب وتم لهم قتل على . وأشهر تعاليمهم :

١ – قولهم بكفر من ارتكب ذنباً واستتبع ذلك عندهم بكفر عثمان لعدم سيره سيرة أبى بكر وعمر ويكفرون علياً ومعاوية وأبا موسى وابن العاص لاشتراكهم فى فكرة التحكيم .

٢ – يوجبون الخروج على الإمام الجائر .

٣ – الخلافة ليست لشحص معين ولو لم يكن قرشياً أو عربياً .

٤ – اعتبارهم أن الأعمال من صلاة وصيام وزكاة وسواها جزء من الإيمان فلا يتحقق إيمان المرء بالتصديق القلبى ، ولا بالإقرار اللسانى بل لا بد من الأعمال كلها ، وكانوا كثيراً ما ينقسمون لخلاف يقوم بين بعضهم وبعض فى هذه التعاليم .

ومن مميزات بعض فرقهم التشدد فى العبادة وإخلاصهم لعقيدتهم ولولا أنهم أخطأوا السبيل وتمادوا على ذلك لكانوا خير مثل للمجاهدة فى سبيل الله « انظر ص ١٤٨ تاريخ التشريع الإسلامى لبعض علماء الأزهر » .

١ — لعموم قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » .

٢ — حديث أبي هريرة . أخرجه البخارى ومسلم « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده »[١].

وقد اختلف القائلون بشرط النصاب إلى فرق عديدة أهمها فرقتان :

الفرقة الأولى :

فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم . وقد أوجبوا القطع فى ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب . واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة .

فقال مالك فى المشهور : تقوم بالدراهم لا بالربع دينـــار . . وقال أحمد بذلك .

وقال الشافعى والأوزاعى[٢] وداود[٣] الأصل فى التقويم هو ربع الدينار .

وعمدة قول فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم .

الفرقة الثانية :

فقهاء العراق « النصاب الذى يجب القطع فيه هو عشرة دراهم لا يجب فى أقل منه » .

---

(١) انظر رواية البخارى ص ٢٨٢ عمدة القارى .

(٢) الأوزاعى هو الإمام أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الشامى كان يسكن دمشق ، ثم تحول إلى بيروت فسكنها حتى مات بها سنة ١٥٧ هـ . والأوزاع قرية بدمشق روى عن عطاء والزهرى وغيرهم ، وروى عنه أكابر المحدثين ، وقد أخذ عن مالك كما أخذ مالك عنه كانت إليه فتوى أهل الشام ، وكان يكره القياس .

(٣) هو أبو سليمان داود بن على بن خلف الأصبهانى المشهور بداود الظاهرى لتمسكه بظاهر الكتاب والسنة ، روى عن إسحق وأبي ثور وغيرهما ، نفى القياس ولد بالكوفة سنة ٢٠٠ هـ وتوفى ببغداد سنة ٢٧٠ هـ .

وقالت فرقة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة : لا تقطع اليد فى أقل من خمسة دراهم .

وقال آخرون بأقل من ذلك .

وعمدة قول فقهاء العراق حديث ابن عمر المذكور . ولكنهم قالوا إن قيمة المجن هو عشرة دراهم .

وروى ذلك محمد بن اسحق عن أيوب عن عطاء[1] عن ابن عباس[2] قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله عشرة دراهم .

وإذا وجد الخلاف فى ثمن المجن[3] وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين .

وقد وجدنا فى الفقه الإسلامى فى هـذا الخصوص خلافاً واسعاً نستخلص منه :

١ ـ لم يتفق الفقهاء على رأى بخصوص الحد الأدنى الذى يقطع به .

٢ ـ إن المشرع الوضعى الحالى لو حدد نصاباً معيناً للقطع بالنسبة لجريمة السرقة بحسب ظروف البيئة وقيمة العملة بالنسبة للعهد الحاضر فإن هذا التحديد شرعى[4].

---

(١) هو أبو محمد عطاء بن أبى رباح مفتى أهل مكة ومحدثهم ولد فى خلافة عثمان ، سمع عائشة وأبا هريرة وابن عباس وروى عنه ابن جريج والأوزاعى وأبو حنيفة وجرير بن حازم ، قال أبو حنيفة : ما رأيت أحداً أفضل من عطاء ، وقال ابن جريج : كان فراشه المسجد عشرين سنة . توفى سنة ١١٤ هـ .

(٢) هو عبدالله بن عباس ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقال له الحبر والبحر لكثرة علمه ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات ولما أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمه إلى صدره وقال : اللهم فقهه فى الدين وعلمه التأويل ؛ وفى رواية وعلمه الحكمة ، وهو أحد العبادلة الأربعة وهم : عبدالله بن عمر ، وعبدالله بن عمرو بن العاص ، وعبدالله بن مسعود . قال ابن مسعود : ترجمان القرآن ابن عباس ، وكان ابن عمر يقول : ابن عباس أعلم أمة محمد بما نزل على محمد ، استعمله على على البصرة توفى بالطائف سنة ٦٨ هـ عن واحد وسبعين عاماً .

(٣) المجن هو ما يتقى به فى الحرب .

(٤) انظر كتاب العقوبة فى الفقه الإسلامى ص ٩٣ للمؤلف ، وانظر ص ٥٠٥ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص . وانظر ص ١٣٨ جزء ٩ المبسوط .

وقد اختلف الفقهاء فى أمور منها :

١ – إذا سرقت الجماعة نصاباً واحداً يجب فيه القطع دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معاً ، قال مالك يقطعون جميعاً وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور – فقد رأوا العقوبة إنما تتعلق بقدر المال المسروق .

وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخـــذه كل واحد منهم نصاباً، بحجة أنه لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة[١].

أما إذا سرق الرجل ثوباً يساوى عشرة من رجلين قطع ،لأن المسروق نصاب كامل فلا يختلف قصد السارق بتعدد المسروق منه[٢].

ويجب أن يكون النصاب المسروق من الأموال الجيدة فإذا سرق زيوناً فلا قطع إلا أن تكون كثيرة قيمتها نصاب من الأموال الجيدة[٣].

٢ – متى يقدر ثمن المسروق الموجب للقطع ،هل وقت السرقة أم وقت الحكم عليه بالقطع ؟

قال مالك يوم السرقة ، وبه قال الشافعية والحنابلة[٤].

---

(١) انظر ص ٢٧٧ المهذب للشيرازى .

إذا نقب حرزاً وسرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمناً آخر ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها . وهو قول أبى العباس أنه يجب القطع لأنه سرق نصاباً من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه فى دفعة واحدة .

والثانى : وهو قول أبى اسحاق أنه لا يجب القطع لأنه سرق تمام النصاب من حرز مهتوك .

والثالث : وهو قول أبى على ابن خيران أنه إن عاد وسرق الثمن الثانى بعد ما اشتهر هتك الحرز لم يقطع لأنه سرق من حرز اشتهر خرابه وإن سرق قبل أن يشتهر خرابه قطع لأنه سرق من قبل ظهور خرابه . انظر ص ١٤٣ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ١٤٣ جزء ٩ المبسوط .

(٣) انظر ص ٢٩٨ جزء ٣ ابن عابدين .

(٤) انظر ص ١٣١ جزء ٨ الأم للشافعى ويوضح رأى الشافعية وهو أن السرقة تقوم يوم السرقة لا يوم القطع .

قال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع[1].

فإذا أشكل على الإمام قيمة المسروق واختلف أهل العلم فقال بعضهم قيمتها عشرة دراهم وقال بعضهم أدنى ؛ لم يقطع لأن كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة وذلك ينعدم عند اختلاف المقومين فيه، وقد بينا حديث عمر حين قضى بالقطع على السارق فقال عثمان رضى الله عنه سرقته لا تساوى إلا ثمانية دراهم فدرأ عنه القطع[2].

ثالثاً – **مملوك للغير :**

يجب أن يكون المال موضوع السرقة مملوكاً لشخص ما غير المتهم ولو كان مجهولا، فإن كان المال مباحاً أو متروكاً فلا عقاب على سارقه . فالأموال المباحة هى التى لا مالك لها ، ويجوز أن تكون ملكاً لأول واضع يد عليها كالطيور البرية والكلاب والقطط التى لا مالك لها والأسماك فى البحر ورمال الصحراء والأحجار التى فى الجبال طالما أنه لم يحزها أحد .

---

(١) انظر ص ٢٢٤ من الذخيرة جزء ٨ النسخة المخطوطة .

يقوم السرقة أهل العدل والنظر فإن اختلفوا واجتمع عدلان قطع وإلا فلا يقطع برجل واحد لعظم شأن الحدود – قال الطرطوشى قال مالك : تعتبر القيمة يوم السرقة لا يوم القطع . فإن تعارض فى التقويم عدلان وعدلان حكم بأقربهما إلى السداد . ووافقنا الشافعى وقال أبو حنيفة : إن نقصت قبل القطع امتنع القطع ووافقنا على أنه إن نقصت بإهلاك بعضها أو هلاكها لا يسقط القطع ومنشأ الخلاف النظر إلى حالة النهاية لأنه لو رجع الشهود بطل القطع ونحن نعتبر حال الابتداء بدليل النقصان من العين فى ذاتها . لنا الآية والأخبار المتقدمة فى النصاب .

وانظر أيضاً ص ٢٧٨ من المغنى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ١٧٨ جزء ٩ المبسوط ، وانظر ص ٢٩٦ جزء ٤ الشرح الكبير :

ويقطع إن سرق النصاب وقت إخراجه من حرز مثله لا قبله أو بعده ولو ذبحه أو أفسده فى حرزه فنقص فأخرجه لم يقطع كما لو كان وقت الإخراج لا يساويها ثم حصل غلاء كما أنه يقطع إن ساواها وقته ثم حصل رخص – وتعتبر القيمة بالبلد التى بها السرقة ولو كانت قيمته أقل منها فى غير بلد السرقة – كما أنه لا يقطع إن كانت قيمته فى بلد السرقة أقل من النصاب – وقيمته فى البلد الأخرى أكثر .

والأشياء المتروكة هى الأشياء التى تخلى مالكها عن حيازته لها كفضلات الطعام والملابس والأمتعة التى يلقى بها صاحبها تخلصاً منها .

يلزم إذن أن يكون المسروق مملوكاً لشخص ما ولو كان مالكه مجهولا . فإذا كان مملوكاً وقت السرقة للمتهم لا يعد سارقاً ولو لم يكن الشيء فى حيازته . فالمدين الراهن الذى يسترد ماله المرهون من الدائن رغم إرادته والمؤجر الذى يسترجع ماله المؤجر عنوة ، ورغم استيفائه الإيجار مقدماً والمودع الذى يأخذ وديعته خلسة رغم ما للمودع عليها من حق فى الحبس لقاء ما تكبده من المصاريف – فى كل هذه الأحوال وما إليها لا يعتبر فعل المالك سرقة ولو التجأ للعنف .

وبالعكس يعتبر الشخص سارقاً إذا استولى على مال غيره ولو كانت له حقوق قبل ذلك الغير وأخذ ذلك المال مقابل تلك الحقوق(١).

أما إذا اختلس الشخص شيئاً مملوكاً له مع آخر على الشيوع يعتبر سارقاً بشرط أن لا يكون الشيء فى حيازته وإلا اعتبر مبدداً .

هذا هو الحكم فى التشريع الوضعى باختصار،ونبحث الآن فى الوضع فى الفقه الإسلامى .

* * *

يلزم فى الفقه الإسلامى أن يكون المال المسروق مملوكاً للغير . فإن كان فى الملك شبهة اختلف الفقهاء(٢).

ومدار الخلاف عندهم أن يكون للشخص شبهة الملك فى المال المسروق

---

(١) انظر ص ٥٢ جرائم الأموال للدكتور محمد مصطفى القللى .

(٢) انظر ص ٢٩٨ جزء ٤ الدسوقى .

ويلزم أن يكون المال المسروق مملوك للغير أى لغير السارق سواء كان ذلك الغير واحداً أو متعدداً فلا يشترط اتحاد المالك للنصاب واحترز بذلك عما إذا سرق ملكه كما أشار إليه المصنف بقوله لا بسرقة ملكه من مرتهن .

فإن كان له هذه الشبهة ولو ضعيفة لا يقطع على أساس أن المالك لا يسرق مال نفسه أو جزء مال نفسه فينتفى الركن .

وعلى هذا الأساس لا يعاقب بالقطع فى الأمور الآتية :

١ ــ إذا سرق من بيت المال لأن له فيه شركة حقيقية أو شبهة شركة . فإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث ذلك الشبهة .

روى أن عاملا لعمر رضى الله عنه كتب إليه عمن سرق من بيت المال قال : لا تقطعه فما من أحد إلا وله فيه حق .

وروى الشعبي[1] أن رجلا سرق من بيت المـــال فبلغ علياً كرم الله وجهه فقال إن له فيه سهماً ولم يقطعه[2].

وقد قال بذلك أيضاً أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما .

ويقول مالك : يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولأنه مال : محرز ولا حق له قبل الحاجة[3] وبهذا قال ابن حزم .

---

(١) هو أبو عمرو الكوفى الحميرى ولد فى خلافة عمر سنة ١٧ هـ وروى عن أبى هريرة وسعد بن أبى وقاص وعبادة بن الصامت وشريح القاضى ، وكثير من الصحابة والتابعين قال أدركت خمسمائة من الصحابة قال ابن أبى ليلى : كان الشعبى صاحب آثار وكان النخعى صاحب قياس . ولى قضاء الكوفة فكان عادلا لا يخشى فى الحق لومة لائم .

(٢) انظر ص ٢٨١ المهذب جزء ٢ .

وإن كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقه سارق قطع لأن بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين . وإن سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع لأن له فيه حقاً . وإن سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع لأن له فيه حقاً وإن سرق منها غنى قطع لأنه لا حق له فيها .

(٣) انظر ص ٢٣٥ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ٣٠٨ حاشية المواق على الحطاب جزء ٦ .

أما مال بيت المال فيقطع سارقه وإن لم يزد ما أخذ عن النصاب .

وانظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ .

وانظر ص ٢٢٩ من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافى ج ٨ مخطوط بدار الكتب .

وفى الجواهر يقطع سارق بيت المال والغنائم، لحقارة ما يستحقه ولأن الملك لا يحصل إلا =

٢ – إذا سرق من مدينه قدر دينه من نفس جنسه وكان الدين حالا لأنه استيفاء لدينه . وكان القياس أن يقطع إذا كان الدين مؤجلا . إلا أنه استحساناً لا يقطع لأنه ثابت فى ذمة المدين والتأجيل كان لتأخير المطالبة .

أما إذا سرق من مدينه من خلاف جنس حقه فيفرق الفقهاء بين ما إذا كان نقداً فلا يقطع لأن النقدين جنس واحد حكماً وإن كان عرضاً يقطع لأنه ليس باستيفاء وإنما هو استبدال فلا يتم إلا بالتراضى .

ويرى أبو يوسف أنه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه(١)،(٢).

= بالقسمة، وللإمام صرف هذه العين عنه بالكلية ، ولم يقطعه عبد الملك إلا إن سرق ربع دينار زائداً على سهمه لأنه له شبهه . . . قال سحنون يقطع فى بيت المال مطلقاً .

وانظر ص ٣٢٨ من المحلى جزء ١١ لابن حزم .

وقال ابن حزم : إنما احتج من لم ير القطع فى ذلك بحجتين :

إحداهما أن له فيه نصاباً مشاعاً ، والثانية أنه قول صاحبين لا يعرف لهما مخالف ، فإن هذا يلزم المالكيين المحتجين بمثل هذا إذا وافق أهواءهم ، التاركين له إذا اشتهوا . وأما نحن فلا حجة عندنا فى قول أحد دون رسول الله .

وأما احتجاجهم بأن له فى ذلك نصاباً فهذا ليس حجة فى إسقاط حد الله تعالى إذ ليست هذه القضية مما جاء به القرآن ولا مما صح عن رسول الله ولا مما أجمعت عليه الأمة فلا حجة لهم فى غير هذه العمد الثلاث ، وكونه له فى بيت المال وفى المغنم نصيب لا يبيح له أخذ نصيب غيره لأنه حرام عليه بالإجماع .

وهم يدعون القياس وهم يقولون إن الحرام إذا امتزج مع الحلال فإنه كله حرام كالخمر مع الماء ، ولحم الخنزير يدق مع لحم الكبش ، وغير هذا كثير ، ويرون الحد على من شرب خمراً ممزوجة بماء حلال ، فما الفرق بينه وبين من سرق شيئاً بعضه له حلال وبعضه حرام لغيره ؟ ؟

وابن حزم هو أبو محمد على بن حزم الأندلسى كان موفور الحظ فى العلوم على اختلافها حاد الذهن زلق اللسان قوى الحجة ، ضرب بسهم وافر فى الجدل والتأليف كان أول أمره شافعياً ثم عدل إلى مذهب الظاهرية وأفرط فى الانتصار له ، وله طريقة خاصة فى الكتابة فهو يستعرض المسائل فى المذاهب الأربعة ثم يستخرج الحكمة ثم يبدى رأيه وأحياناً يناقش الأئمة مناقشة حادة عرف بها أسلوبه ، حرقت كتبه فى أشبيلية ، وقضى فى السجن فترات متعاقبة . توفى سنة ٤٥٦ هـ .

(١ ، ٢) انظر ص ٢٨٢ المهذب جزء ٢ .

وإن كان له على رجل دين فسرق من ماله فإن كان جاحداً له أو مماطلا له لم يقطع لأن له =

٣ ــ لا يقطع المؤجر إذا سرق من المستأجر عند الشافعي وأبو يوسف ويقطع عند غيرهم[1].

٤ ــ لا يقطع من سرق ما أعاره لإنسان من بيت المستعير ولا من سرق رهنه من بيت المرتهن لأن ملك الرقبة لا يزال له فإن الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير[2].

وفى قول ورد فى المهذب :

« إن نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مالا للمستعير ففيه وجهان : أحدهما أنه لا يقطع لأن له أن يرجع فى العارية فجعل النقب رجوعاً . والثانى وهو المنصوص أنه يقطع لأنه أحرز ماله بحرز حق[3]» .

٥ ــ ولا يقطع من سرق من سارق قطع ،يعنى إذا سرق رجل شيئاً فقطع به وبقى المسروق فى يده وسرقه من السارق آخر لا يقطع الثانى لأن السرقة إنما توجب القطع إذا كانت من يد المالك أو الأمين أو الضمين ولم يوجد شىء منها هنا إذ السارق الأول ليس بمالك ولا أمين ولا ضمين حتى

= أن يتوصل إلى أخذه بدينه ،وإن كان مقراً قطع لأنه لا شبهة له فى سرقته وإن غصب مالا فأحرزه فى بيت فنقب المغصوب منه البيت وسرق مع ماله نصاباً من مال الغاصب ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا يقطع لأنه هتك حرزاً كان له هتكه لأخذ ماله .

والثانى : أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب .

والثالث : أنه إن كان ما سرقه متميزاً عن ماله قطع لأنه لا شبهة له فى سرقته وإن كان مختلطاً بماله لم يقطع لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع مما لا يجب فيه فلم يقطع .

وانظر ص ٢١٨ جزء ٣ الزيلعى .

(١) انظر ص ٧٥ البدائع جـ ٧ .

(٢) انظر ص ٧٥ المرجع السابق .

(٣) انظر ص ٢٨٢ المهذب جـ ٢ .

وإن غصب رجل مالا أو سرقه وأحرزه وجاء سارق فسرقه ففيه وجهان ، أحدهما : أنه لا يقطع لأنه حرز لم يرضه مالكه ، والثانى أنه يقطع لأنه سرق مالا شبهة له فيه من حرز مثله .

لو أتلفه لا يضمن كما سيأتى ؛ بخلاف ما إذا سرق قبل القطع حيث يكون له ولرب المال القطع لأنه فى معنى الغاصب .

فإن بقى المسروق رد إلى صاحبه ، أى سواء بقى بيد السارق أو غيره كما إذا باعه أو وهبه وسلمه يؤخذ من المشترى والموهوب له وهذا كله بعد القطع (١).

معنى الغير :

ولكن ما معنى الغير : وهل تتحد كلمة الغير فى الفقهين الإسلامى والوضعى ؟

جاء فى صفحة ٢٩٩ جزء ٤ من حاشية الدسوقى على الشرح الكبير :

« أنه لا بد فى القطع من كون النصاب مملوكاً لغير السارق ، وأن يكون ذلك الغير يملكه بتمامه ، وأن لا يكون للسارق فيه شبهة قوية بأن لا يكون له فيه شبهة أصلا أو يكون له فيه شبهة ضعيفة » .

ومن هذا يعلم أن من ورث بعض النصاب قبل خروجه من الحرز وورث أخوه مثلا باقيه لم يقطع . . ولكى يقطع لا بد أن يسرق فوق حقه نصاباً من جميع مال الشركة ، ما سرق وما لم يسرق إن كان مثلياً ، كما إذا كان جملة المال المشترك بينهما اثنى عشر لكل منها ستة وسرق منه تسعة دراهم .

وأما إذا كان مقوماً كثياب يسرق منها ثوباً فالمعتبر أن يكون فيما سرق نصاب فوق حقه فى المسروق فقط .

فإذا كانت الشركة فى عروض فقط ككتب جملتها تساوى اثنى عشر فسرق منها كتاباً معيناً يساوى ستة فيقطع لأن حقه فى نصف فقط ، فقد سرق فوق حقه فيه نصاباً . والفرق بين المثلى والقيمى حيث اعتبروا فى

---

(١) انظر ص ٢٢٩ جزء ٣ الزيلعى وانظر ص ٨٣ جزء ٢ منلا خسرو .

المثلى كون النصاب المسروق فوق حقه فيما سرق فقط . أن المقوم لما كان ليس له أخذ حظه منه إلا برضا صاحبه لاختلاف الأغراض فى المقوم ، كان ما سرقه بعضه حظه وبعضه حظ صاحبه وما بقى كذلك . وأما المثلى فلما كان له أخـــذ حظه منه وإن أبى صاحبه ، لعدم اختلاف الأغراض فيه غالباً . فلم يتعين أن يكون ما أخـــذه منه مشتركاً بينهما وما بقى كذلك[1] » .

وفى هذا الصدد نبحث أموراً ثلاثة فى الفقهين الغربى والإسلامى :

١ ــ السرقة بين الأقارب .

٢ ــ الكنز المدفون .

٣ ــ الأشياء الضائعة أو الفاقدة .

أولا ــ السرقة بين الأقارب :

نصت على الإعفاء المـــادة ٣٨٠ من قانون العقوبات الفرنسى التى يقولون إن أصلها يرجع إلى القانون الرومانى . وكان حكمها مؤسساً على المبادىء التى كان يقوم عليها نظام الأسرة فى ذلك العهد . فقد كانت الأسرة معتبرة كوحدة مدنية تفنى فى شخص رئيسها رب العائلة . وكان لأفراد الأسرة الواحدة حق شائع فى أموال الأسرة .

أما الآن وقد زال أثر الشيوعية العائلية وحل بدلها نظام الملكية الفردية فقد أصبح من المتعين إسناد هذا الإعفاء إلى علة أخرى . وحكمة ذلك على ما جاء فى حكم لمحكمة النقض والإبرام هى أن الشارع رأى أن يغتفر ما وقع بين أفراد الأسرة الواحدة من عدوان بعضهم على مال البعض الآخر وذلك حرصاً على سمعة الأسرة واستبقاء لصلات الود القائمة بين أفرادها[2] .

---

(١) انظر ص ٢٩٩ جزء ٤ من حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير .

(٢) انظر ص ٣٠٧ الحطاب جزء ٦ :

الشرط الثانى أن يكون مملوكاً لغير السارق فلو سرق ملك نفسه من المرتهن أو المستأجر فلا قطع ولو طرأ الملك بإرث قبل الخروج من الحرز فلا قطع وبعده لا يؤثر .

وكانت المادة ٣١٢ من قانون العقوبات المصرى تنص « على أنه لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه » وقد عدلت المادة المذكورة بالقانون ٦٤ الصادر فى ١٥ يونيو سنة ١٩٤٧ وأصبحت تنص : « لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه . وللمجنى عليه أن يتنازل عن دعواه فى أية حالة كانت عليها ، كما له أن يقف تنفيذ الحكم النهائى على الجانى فى أى وقت شاء » .

والغريب أن الشراح – والمصريين منهم – يتكلمون على أن أصل هذه المواد القانون الرومانى وخفى عليهم ما أفاض فيه الفقه الإسلامى منذ القدم فى هذا الخصوص . ولا نزال نقول بأن القانون الفرنسى قد أخـذ ذلك الاستثناء من القوانين الإسلامية التى كانت تسود الأندلس ، ونستطيع أن نجمل آراء الفقهاء فى ذلك فى المسائل الآتية :

١ – السرقة بين الأزواج .

٢ – السرقة بين الأصول وفروعهم .

٣ – السرقة بين المحارم .

السرقة بين الأزواج :

يختلف الفقهاء فى السرقة التى تحدث بين الزوجين إلى آراء ثلاثة :

أحدها : أنه يقطع السارق لأن النكاح عقد على النفقة فلا يسقط القطع فى السرقة كالإجارة .

والثانى : أنه لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج والزوج يملك أن يحجر عليها ويمنعها من التصرف على قول بعض الفقهاء فصـار ذلك شبهة .

والثالث : أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا تقطع الزوجة بسرقة

مال الزوج لأن للزوجة حقاً فى مال الزوج بالنفقة وليس للزوج حق فى مالها(١)

السرقة بين الأصول وفروعهم :

كذلك اختلف الفقهاء إلى آراء كثيرة فى السرقات التى تقع بين الأصول وفروعهم أو بين الفروع وأصولهم .

١ – رأى للحنفية . . أن من سرق من أبويه وإن عليا أو الولد وإن سفل لا يقطع للشبهة فى مال كل منهما للآخر فللأب شبهة فى مال الابن وللابن

---

(١) المهذب جزء ٢ ص ٢٨١ وانظر ص ٥٢٢ جزء ٢ الجصاص .

وانظر ص ٢٣٨ فتح القدير جزء ٤ .

وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر لم يقطع لوجود الإذن فى الدخول عادة فاختل الحرز ، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعى فى أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد ، وفى قول آخر كقولنا . وفى ثالث يقطع الرجل خاصة .

وانظر ص ١٧٠ الخراج .

وانظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد جزء ٢ .

أحد الزوجين يسرق مال الآخر ، فقال مالك إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ، وقال الشافعى : الاحتياط أن لا يقطع أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزنى .

وانظر ص ٢٨٧ المغنى جزء ١٠ لابن قدامه .

وانظر ص ٣٤٩ جزء ١١ لابن حزم .

وقد ناقش ابن حزم الفقهاء الذين اختلفوا فى هذا الأمر وفند حججهم بطريقته الفذة ووصل إلى النتيجة الآتية :

« فصح يقيناً أن القطع فرض واجب على الأب والأم إذا سرقا من مال ابنهما وعلى الابن والبنت إذا سرقا من مال أبيهما وأمهما ما لم يبح لهما أخذه وهكذا كل ذى رحم محرمه أو غير محرمه إذا سرق من مال ذى رحمه أو من غير ذى رحمه ما لم يبح له أخذه بالقطع على كل واحد من الزوجين إذا سرقا من مال صاحبه ما لم يبح له أخذه كالأجنبى ولا فرق إذا سرق ما لم يبح وهو محسن أن أخذ ما أبيح له أخذه من حرز أو من غير حرز » .

وانظر ص ٧٦ من المدونة جزء ١٦ .

قلت أرأيت المرأة إذا سرقت من مال زوجها هل تقطع ؟ قال : نعم إذا سرقت من مال زوجها فى غير بيتها الذى تسكن فيه .

شبهة فى مال الأب والإذن فى الدخول فى الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر . ولذلك منعت شهادته شرعاً ، ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك »(١).

وبهذا الرأى قال الشافعى(٢).

٢ – رأى لأبى ثور وابن المنذر . . أن الأب يقطع فى سرقة مال ابنه لقوله عز وجل « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فعم ولم يخص(٣).

٣ – رأى مالك . . أن الأب لا يقطع فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وكذلك الأجداد من قبل الأم والأب ، وإن سرق الابن من مال أبيه قطع(٤) لأنه لا حق له فى مال أبيه ولذا يحد بالزنا بجاريته ويقتل بقتله(٥).

---

(١) انظر ص ١٧ الخراج ٢ ، انظر ص ٢٢٨ فتح القدير جزء ٤

(٢) انظر ص ٢٨١ المهذب جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٣٠٨ الحطاب جزء ٦ وهامشه المواق .

وانظر ص ٢٣٨ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ٢١٥ من المخطوط من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافى جزء ٨ .

قال أشهب : « إذا سرق الأب مع أجنبى مال الولد ما قيمته نصاب أو ما يقع على الأجنبى منه أكثر من ثلاثة دراهم لم يقطع الأجنبى لأن الأب قد أذن له فذلك شبهة ، وكذلك الأجنبى مع عبدك أو أخيك الذى ائتمنته على بيتك لم يقطع واحد منهما » .

(٥) انظر ص ٣٤٥ جزء ١١ من المحلى لابن حزم .

وقد ناقش أبو محمد بن حزم الفقهاء الذين قالوا باسقاط القطع على الوالد إذا سرق من مال ابنه مناقشة فقهية طويلة مدعمة بالأسانيد التى أوردها نرجو الرجوع إليها لمن أراد أن يستزيد ، وفى النهاية وصل إلى النتيجة الآتية :

فصح أن القطع واجب على الأب والأم إذا سرقا مال ابنهما ما لا حاجة بهما إليه ثم نظرنا فى قول من احتج به من رأى اسقاط القطع عن الابن إذا سرق من مال أبويه وعن كل ذى رحم محرمة فوجدناهم يحتجون بقوله تعالى « ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم » : الآية إلى قوله تعالى « أو صديقكم » . =

السرقة بين المحارم :

اختلف الفقهاء كذلك فى هذا الأمر إلى آراء .

١ – رأى مالك وهو القطع فى السرقات التى تحدث فيما بين المحارم .

ورأى للشافعى والحنابلة وهو أنه يقطع فى السرقة بين المحارم لأنه لا شبهة لهم فى المال .

٢ – رأى لأبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يقطع ذو الرحم المحرم لأن لهم دخول المنزل فهذا إذن من صاحبه يختل الحرز به ولأن القطع بسبب السرقة فعل يفضى إلى قطع الرحم وهذا لا يجوز(١).

= قال : فإباحة الله تعالى الأكل من بيوت هؤلاء يقتضى إباحة دخول منازلهم بغير إذنهم . فإذا جاز لهم دخول منازلهم بغير إذنهم لم يكن مالهم محرزاً عنهم ولا يجب القطع فى السرقة من غير حرز وقالوا أيضاً فإن إباحة الأكل من أموالهم تمنعهم من وجوب القطع لما لهم فيه من الحق كالشريك .

قال ابن حزم : ولا حجة لهم فى شىء منه أصلا فأما الآية فحق ولا دليل فيها على ما ذكروا فليس فيها اسقاط القطع على من سرق من هؤلاء لا بنص ولا بدليل وإنما فيها إباحة الأكل لا إباحة الأخذ بلا خلاف .

(١) انظر ص ٢٢٠ الزيلعى جزء ٣ حاشية الشلبى .

قوله : « وفى غير الولاء من الأقارب كالأخ والأخت والعم والخال فعندنا لا يجب القطع وعند الشافعى يجب القطع له ظاهر قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولأن ملك أحدهما مباين لملك الآخر فيجب القطع لوجود سرقة من حرز كامل ولنا أن القطع لا يجب إلا بأخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الإذن بالدخول فلا يبقى المال محرزاً فى حق السارق . ألا ترى إلى قوله تعالى « ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم » فإن قلت الآية تدل على إباحة الأكل لا إباحة الدخول . قلت الأكل فى البيت لا يكون إلا بالدخول فيه فدل إباحة الأكل فى البيت على إباحة الدخول فيه ومع إباحة الدخول فيه لا يكون الحرز ثابتاً فإن قلت كيف يصح استدلالكم بهذه الآية وقد قال تعالى فيها «أو صديقكم» ومع هذا لو سرق من بيت الصديق قطع . قلت لما سرق ظهر أنه لم يكن صديقاً =

السرقات التي تحدث من الخدم :

عندما نبحث هذا الموضوع فى الفقه الإسلامى يجدر بنا أن نعلم أن غالبية الخدم كانت من العبيد والعبد مملوك لسيده .

وقد اختلف الفقهاء فى العبد يسرق مال سيده فإن الجمهور من العلماء على أن لا يقطع .

وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً .

وقال أهل الظاهر يقطع إلا أن يأتمنه سيده .

واشترط مالك فى الخادم الذى يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه .

والشافعى مرة يشترط هذا ومرة لم يشترط .

وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة(1).

= بل كان عدواً بخلاف ما إذا سرق من أخيه أو عمه أو خاله لا يقال لم تبق الأخوة أو العمومة أو الخؤولة بالسرقة فظهر الفرق والجواب عن آية السرقة فنقول أنها مخصوصة بالإجماع فقد خص منها الصبى والمجنون وقرابة الولاد وغير الحرز ومال فيه شركة للسارق » .

وانظر ص ٣٧٧ جزء ٢ بداية المجتهد .

وانظر ص ١٧٠ الخراج .

وانظر ص ٢٨١ المهذب جزء ٢ .

وانظر ص ٧٥ جزء ٧ من بدائع الصنائع .

ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه .

(١) انظر ص ٧٥ بدائع الصنائع جزء ٧ (ذكر فى الموطأ أن عبدالله بن عمرو الحضرى جاء إلى عمر رضى الله عنه بعبد له فقال اقطع هذا فإنه سرق فقال : وما سرق ؟ قال مرآة لإمرأتى ثمنها ستون درهماً . فقال سيدنا عمر رضى الله عنه : أرسلة ليس عليه قطع . خادمكم سرق متاعكم ، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا أجير سرق من موضع أذن له فى دخوله) .

وانظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد جزء ٢ ، الخراج ص ١٧٠ ، الماوردى ص ٢١٩ .

وانظر ص ٢٢ من الطرق الحكمية لابن القيم .

ثانياً ـ الكنز المدفون .

تكلم القانون الوضعى عن الكنز المدفون فنصت المادة ٨٧٢ من القانون المدنى :

١ ـ الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته .

٢ ـ والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة ، يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته .

فالكنز المدفون إن وجد فى أرض لا مالك لها فهو ملك لمن وجده وإذا وجد فى أرض مملوكة للغير فهو ملك لصاحب الأرض مع ملاحظة أن بعض الآثار القديمة تعتبر من أملاك الحكومة بحكم بعض القوانين الخاصة .

وقد نصت المادة ١٤٩ من مرشد الحيران :

« من وجد فى أرض من الأراضى المباحة كالجبال والمفاوز كنزاً مدفوناً وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة . وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية فهو ملك لمالك الأرض التى وجد فيها إن ادعى ملكه وإلا فهو لقطة » .

وقد أفاض فقهاء الإسلام فى أحكام الكنز المدفون وأهم آرائهم ترجع إلى أمرين :

١ ـ إن كان على الكنز شعار يدل على أنه دفن فى العهد الإسلامى فيجرى عليها حكم اللقطة على ما سيجىء بعد . وهو أن يقوم الملتقط بتعريفها فإن عرفها مالكها أخذها وإن لم يعرف مالكها يتصدق بها على الفقراء أو ينفقها على نفسه إن كان محتاجاً .

٢ ـ إن كان عليها شعار يدل على أنها دفنت قبل الإسلام فمن يجدها يعطى الخمس لبيت المال والباقى له .

٣ – إن لم يتبين الكنز هل هو جاهلى أو إسلامى . اختلف رأى الفقهاء فبعضهم يقرر أنه إسلامى تجرى عليه أحكام الكنز الإسلامى وبعضهم يقرر أنه جاهلى تجرى عليه أحكام الكنز الجاهلى .

وفى الموضوع تفاصيل كثيرة من شاء أن يرجع إليها فليرجع إليها فى مراجعها[١].

ثالثاً – الأشياء الفاقدة أو الضائعة :

الأشياء الفاقدة هى أشياء مملوكة لشخص ما فقدت منه ولم يتخل صاحبها عن حيازته لها باختياره ورضاه .

وقد نظم المشرع المصرى حكم هذه الأشياء فأصدر لائحة فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ لا تزال سارية للآن تنص المادة الأولى منها :

« كل من يعثر على شىء أو حيوان ضائع ولم يتيسر له رده إلى صاحبه فى الحال يجب عليه أن يسلمه أو يبلغ عنه إلى أقرب نقطة بوليس فى المدن أو العمدة فى القرى ، ويجب إجراء التسليم أو التبليغ فى ظرف ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ومن لم يفعل ذلك يعاقب بدفع غرامة يجوز إبلاغها إلى مائة قرش وضياع حقه فى المكافأة المنصوص عليها فى المادة الثالثة . فإذا كان حبس الشىء أو الحيوان مصحوباً بنية امتلاكه بطريق الغش فتقام الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة ، ولا يبقى هناك وجه للمحاكمة على المخالفة » .

* * *

ويحكم هذا الموضوع فى الفقه الإسلامى أحاديث كثيرة أهمها :

« جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال :

---

(١) انظر كتاب الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٣٢ .
وانظر كتاب الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٨٢ .

اعرف وكاءها[1] وعفاصها[2] ثم عرفها سنة ثم استمتع بها ، فإن جاء ربها فأدها إليه ، فقال : فضالة الإبل؟ فغضب حتى احمرت وجنتاه فقال : ومالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وترعى الشجر فذرها حتى يلقاها ربها ، قال : فضالة الغنم ؟ قال : لك أو لأخيك أو للذئب » رواه البخارى ومسلم عن أبى بن كعب رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان من الأفضل الالتقاط أم الترك فقال أبو حنيفة الأفضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال المسلم وبذلك قال الشافعى .

وقال مالك وآخرون منهم أحمد وابن عمر وابن عباس بكراهة الالتقاط لأمرين :

(ا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ضالة المؤمن حرق النار .

(ب) ما يخاف من التقصير فى التعريف بها .

واللقطة هى كل مال المسلم تعرض للضياع ، كان ذلك فى عامر الأرض أو غامرها والجماد والحيوان فى ذلك سواء إلا الإبل . واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا فى البقر ، والنص عن الشافعى أنها كالإبل وعن مالك أنها كالغنم[3].

وملتقط اللقطة يعرفها بالاتفاق ولكن ما الحكم بعد انقضاء السنة ؟
لا يخلو الأمر من أن يكون غنياً أو فقيراً محتاجاً .
فإن كان فقيراً محتاجاً كان له أن يأكله أو ينفقها .
وإن كان غنياً كان له أن يتصدق بها .

---

(١) الوكاء الحبل الذى تشد به اللقطة .
(٢) العفاص الوعاء الذى فيه اللقطة .
(٣) ص ٢٥٦ بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد .

فإن جاء صاحبها كان مخيراً بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه إياها[1].

واختلفوا فى الغنى ، هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد السنة ؟

فقال مالك والشافعى وروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة أن له ذلك ، يستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام « فشأنك بها » .

ولم يفرق بين غنى وفقير .

وقال أبو حنيفة ليس للغنى إلا أن يتصدق بها ، وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من التابعين .

وقال الأوزاعى إن كانت اللقطة مالا كثيراً يسلم لبيت المال .

فإذا حضر شخص وادعى اللقطة فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تسلم إليه إلا إذا عرف العفاص والوكاء ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان يلزم فوق ذلك أن يقيم بينة على ملكيته لها .

فقال مالك يستحق اللقطة بالتعريف ولا يحتاج إلى بينة .

وقال أبو حنيفة والشافعى لا يستحقها إلا مع البينة . وللفقهاء تفصيل كثير فى ذلك الأمر .

أما ضالة الغنم فإن العلماء اتفقوا على أن من وجد ضالة الغنم فى مكان بعيد عن العمران ولم يعرف صاحبها . فله أن يأكلها لقوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة « هى لك أو لأخيك أو للذئب » .

واختلفوا ، هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟

فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها .

---

(١) قال بذلك الرأى مالك والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور . (ص ٢٥٦ بداية المجتهد جزء ١ لابن رشد) .

وقال مالك فى أشهر الأقوال عنه إنه لا يضمن . ذلك إذا تعسر حملها أو سوقها إلى الغمران وخيف عليها وإلا ضمن[1].

والبقر مثل الإبل فى هذا الأمر، روى عن المنذر بن جرير قال : كنت مع أبى بالبوازيج بالسواد ، فراحت البقر ، فرأى بقرة أنكرها ، فقال ما هذه البقرة ؟ قالوا : بقرة لحقت بالبقر ، فأمر بها فطردت حتى توارت ثم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يأوى الضالة إلا الضال »

روى مالك أنه سمع ابن شهاب الزهرى يقول :

كانت ضوال الإبل فى زمان عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تتناتج لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تبـاع ، فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها[2]. ويرى بعض المالكية أن ما فعله عثمان يوافق المصلحة العامة[3].

ورأى على بن أبى طالب جواز التقاط الإبل حفظاً لها لصاحبها ولكنه رأى أنه قد يكون فى بيعها وإعطاء ثمنها غرم عليه فرأى التقاطها والإنفاق عليها من بيت المال حتى إذا حضر صاحبها أعطيت إليه وقد قام الإمام على بما قام لأنه فهم ــ وقد اتسعت رقعة الدولة ــ أن المصلحة العامة تقتضى ما فعل وإن خرج على ظاهر النص الذى ورد عن الرسول . وهكذا تتغير الأحكام بتغير الأزمان طالما هى فى نطاق التشريع العام[4] فالإمام على وإن خالف ظاهر النص تمشى مع علته .

ولذلك ، فإذا جاء المشرع الوضعى الآن ووضع نظاماً للأشياء الفاقدة أو الضائعة اقتضته طبيعة الأمور واتساع رقعة الدولة وازدياد العمران وانتشار المدنية بها ــ فهذا التشريع لا يتنافى مع أصول التشريع الإسلامى .

---

(١) ص ٢٥٨ بداية المجتهد لابن رشد .

(٢) الموطأ جزء ٢ ص ١٢٩ .

(٣) الصاوى على الشرح الصغير .

(٤) انظر ص ٨٥ من تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى .

سرقة مال الذمي والحربي :

ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمى،ويقطع الذمى بسرقة مالهما وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفاً . فأما الحربى إذا دخل إلينا مستأمناً فسرق فإنه يقطع أيضاً . وقال ابن حامد لا يقطع وهو قول أبى حنيفة ومحمد لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه كحد الزنا . وقد نص أحمد على أنه لا يقام عليه حد الزنا ، وللشافعى قولان كالمذهبين .

ويقول صاحب المغنى : ولنا أنه حد يطالب به فوجب عليه كحد القذف،يحققه أن القطع يجب صيانة للأموال وحد القذف يجب صيانة للأعراض فإذا وجب فى حقه أحدهما وجب الآخر فأما حد الزنا فلم يجب لأنه يجب به قتله لنقضه العهد ولا يجب مع القتل حد سواه .

إذا ثبت هذا فإن المسلم يقطع بسرقة ماله ، وعن أبى حنيفة لا يجب ولنا أنه سرق مالامعصوماً من حرز مثله فوجب قطعه كسارق مال الذمى ويقطع المرتد إذا سرق لأن أحكام الإسلام جارية عليه(١).

رابعاً — القصد الجنائى :

جريمة السرقة من الجرائم العمدية ، فلا بد من توافر العمد أى القصد الجنائى وإن لم يرد لذلك ذكر فى المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصرى فى النص العربى إلا أن النص الفرنسى لتلك المادة جاء فيه أنه يعتبر سارقاً من يختلس Frauduleusement أى بسوء قصد .

والأصل فى القصد الجنائى عموماً أنه يعتبر متوافراً متى ارتكب الجانى عن علم ، الفعل الذى يحرمه القانون بالصورة التى يعاقب بها .

إلا أنه فى جريمة السرقة لا يكفى أخذ الجانى للشىء مع علمه بأنه مملوك

---

(١) انظر ص ٢٧٦ جزء ١٠ المغنى .

لغيره وبدون رضا صاحبه ، بل يجب أن يكون الاختلاس بنية تملكه[1].

ولتوافر القصد الجنائى يجب :

١ ــ أن يعلم الجانى أنه يأخذ مالا مملوكاً لغيره ــ أما فى المسائل الخلافية إذا كان حكم القانون المدنى غامضاً فلا يعتبر الشخص سارقاً .

أما فى المسائل الواضحة المقررة فلا محل للاعتذار بجهل القانون لتعذر التوفيق بين ادعاء الجهل وحسن النية[2].

٢ ــ أن يعلم الجانى أنه يأخذ المال بدون رضا صاحبه أو حائزه، فإذا كان يعتقد بحسن نية توافر هذا الرضاء ولو كان هذا الاعتقاد خاطئاً إلا أن الظروف تبرره ، فلا عقاب .

٣ ــ يجب أن يكون الاختلاس للمال بنية تملكه، وهذه هى النية الخاصة الواجب توافرها فى جريمة السرقة . فقصد التملك شرط أساسى للعقاب فإذا انعدمت هذه النية سقطت الجريمة .

٤ ــ يجب أن يكون القصد الجنائى معاصراً للاختلاس ، فإذا كان الاستيلاء على الشىء بحسن نية ثم نشأ سوء القصد بعد ذلك فلا سرقة .

ذلك فى الفقه الغربى .

فهل يتمشى ذلك فى الفقه الإسلامى . وهل تلزم هذه الفروع لاكتمال الأركان وترتب قطع اليد ؟

ونهجاً على روح المشرع الإسلامى فى التضييق من معنى هذه الجريمة الخطيرة لذلك الأثر الجسيم المرتب على عقوبتها « قطع اليد »، نجد أن القصد الجنائى من أهم الأركان التى يلزم توافرها بطبيعة الحال .

---

(١) انظر ص ٥٦ من كتاب جرائم الأموال للدكتور القللى ، ص ١٣١ من الموسوعة جـزء ٥ .

(٢) انظر ص ٦٤٢ أحمد بك أمين .

ورد فى فتح القدير للكمال بن الهمام عند الكلام فيمن يسرق شيئاً تبعاً لشيء آخر .

« ولا يعتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع ، وكمن سرق صبياً وعليه حلى كثيرة لا يقطع ، لأن المقصود ليس المال » قال فى المبسوط :

« ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوى عشرة ووجد فى جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه ، وإن كان يعلم بها فعليه القطع . . . » فالسارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به وإذا كان عالماً بالدراهم فقصده أخذ الدراهم ، بخلاف ما إذا لم يعلمها فإن قصده الثوب وهو لا يساوى نصاباً . وقد تقدم مثله أنه إن كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع وإلا لا ، وهنا فرّق بين العلم وعدمه ، فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق ، فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع وإلا لا . وعلى هذا فثله العلم بالمصرور وعدمه صحيح ، إلا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار فى نفس الأمر لا يطلع عليه ولا يثبت إلا باقرار ، وما تقدم هو ما إذا لم يقر بعلمه بما فى الثوب فإنه لا يقطع حتّى يكون معه دلالة القصد إليه وذلك بأن يكون كيساً فيه الدراهم فلا يقبل قوله : لم أقصد . لم أعلم[1] .

وجاء فى المهذب للشيرازى فى تعريف السرقة[2] :

« ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الإسلام ، نصاباً من المال الذى يقصد إلى سرقته من حرز مثله ، لا شبهة له فيه ، وجب عليه القطع » .

---

(١) فتح القدير ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ جزء ٤ الزيلعى جزء ٣ ص ٢١٦ . وانظر ص ١٥٨ المنتقى جزء ٧ .
(٢) انظر ص ٢٧٧ المهذب جزء ٢ للشيرازى .

وجاء فى الحطاب[1]:

« قال ابن عرفة : السرقة،أخذ مكلف حراً لا يعقل لصغره ، أو مالا محترماً لغيره نصاباً ، أخرجه من حرز بقصد » .

كما جاء فى مرجع آخر :

« وكذا كل ما سلط الشرع على كسره كمزمار وطنبور وصنم،لأن إزالة المعصية مطلوبة شرعاً فصار شبهة،لكن محل ذلك إن قصد بإخراجه تكسيره فإن قصد السرقة وبلغ ما كسره نصاباً قطع به لأنه سرق نصاباً من حرز مثله،كما لو كسره فى الحرز ثم أخرجه وهو يبلغ نصاباً فإنه يقطع به كما يقطع بإناء الخمر إن بلغ نصاباً وقصد بإخراجه السرقة . فإن قصد بإخراجه إراقته فلا قطع لأن ذلك مطلوب شرعاً[2]» .

مما قدمناه من نصوص يظهر بوضوح ضرورة توافر القصد الجنائى لإتمام أركان جريمة السرقة ، بل إن ذلك مذكور صراحة فى النصوص التى قدمناها ، بل إن الأربعة الفروع التى رتبها شراح القانون الجنائى نكاد نلمسها من بين طيات ما ذكرنا فيما سبق وهو كون الجانى يعلم أن المال مملوك للغير وأنه يأخذه بدون رضاه بنية تملكه .

ونبحث فى هذا الموضوع أمراً هاماً .

الجهل بالقانون :

جرى قول شراح الفقه الغربى على أنه لا يعذر أحد لجهله بالقانون ومع ذلك يرى فريق من الشراح أنه إذا كان الشخص فى ظرف يستحيل فيه العلم بصدور قانون فلا يسأل إذا خالفه جهلا منه بأحكامه . ويعطون

---

(١) ص ٣٠٦ جزء ٦ الحطاب .

(٢) انظر ص ٢٩٣ حاشية الباجورى على شرح ابن القاسم الغزى الشافعى طبعة سنة ١٣٠٣ هجرية بالمطبعة الشرقية .

مثلا لهذه الحالة بالمحاصرين فى قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت فى أثناء حصارهم وكان يستحيل عليهم العلم بها[١].

أما فى الفقه الإسلامى فالظاهر كما رأينا فى بحث سابق لنا أن الجهل بالقانون يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير، فمن جهل القانون وكان مقصراً فى هذا الجهل ، حوسب على جهله ، ولم يعتد بخطئه . فالأصل أن الجهل بالقانون ليس بعذر ولا يكون عذراً إلا إذا قامت ملابسات خاصة تنفى تهمة التقصير فى جانب من يجهل القانون . وإذا كان هناك شىء من التساهل فى الحدود ، فذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات[٢].

ورد فى كتاب أحكام القرآن لابن العربى :

« شرط فى السارق ستة معان ، منها :

العقل ـ لأن من لا يعقل لا يخاطب عقلا ، والبلوغ ـ لأن من لم يبلغ لا يتوجه إليه الخطاب شرعاً ، وبلوغ الدعوة ـ لأن من كان حديث عهد بالإسلام ولم يثافن[٣] حتى يعرف الأحكام وادعى الجهل فيما أتى من السرقة والزنا وظهر صدقه ، لم تجب عليه عقوبة كالأب فى مال ابنه » .

---

(١) انظر ص ٨٠ الموسوعة جزء ٣ والدكتور كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى ص ٣٨٠ .

(٢) انظر ص ١٥٥ مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى .
وانظر ص ٢٢١ الأشباه والنظائر للسيوطى .
كل من علم تحريم شىء ، وجهل ما يترتب عليه ، لم يفده ذلك كمن علم تحريم الزنا ، والخمر ، وجهل وجوب الحد . يحد بالاتفاق لأنه كان حقه الامتناع .

(٣) انظر ص ٢٥٢ من الجزء الأول من كتاب أحكام القرآن لابن العربى ، والمثافنة مجالسة المسلمين وملازمتهم . وابن العربى هو محمد بن عبدالله بن محمد بن عبدالله بن أحمد المعروف بابن العربى من أهل أشبيلية يكنى أبا بكر ولد سنة ٤٦٨ هـ وتوفى سنة ٥٤٤ هـ .

المبحث الثانى

الشروع فى السرقة والسرقة التامة

درج فقهاء القانون الوضعى على الكلام فى الشروع فى السرقة لأهمية ذلك من جملة نواح مختلفة أهمها: أن عقاب الشروع أخف من عقـوبة الجريمة التامة ، كما أن الجانى يستطيع طالما أن الجريمة لم تتم أن يعدل عن ارتكابها فيكفى نفسه شر العقاب .

ولذلك سنبحث أمرين : الشروع فى السرقة ، والسرقة التامة :

الشروع فى السرقة :

اختلف شراح القانون الغربى فى نظرية الشروع .

فالمذهب المادى يشترط أن يبدأ الجانى فى الركن المادى ، أى فى ركن الاختلاس حتى يعد شارعاً فى جريمة السرقة .

والمذهب الشخصى يكتفى بأن يأتى الجانى من الأعمال ما يؤدى حالا ومباشرة إلى ارتكاب جريمة السرقة فيأتى من الأعمال ما يجزم بنيته فى ارتكاب الجريمة .

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الرأى عندما نص فى المادة ٤٥ من قانون العقوبات على :

« الشروع – هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها . ولا يعتبر شروعاً فى الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لذلك » .

ولا يهمنا البحث فيما إذا كانت الشريعة قد خصصت نظرية الشروع فى الجريمة ببحث مستقل ، لأن الفقه الغربى اضطر إلى القول بهذه النظرية

والإفاضة فيها فتارة يأخذ بالمذهب المادى ، وتارة يأخذ بالمذهب الشخصى لكى لا يفلت المجرم من العقاب إذا لم تتوافر أركان الجريمة .

فقالوا لذلك بالشروع — ولكن الشريعة لم تكن محتاجة لهـذه النظرية لأن نظرية التعزير تلحق المجرم الذى يرتكب الجريمة قبل تمامها .

ومع كل ، فالشريعة كانت سباقة فى العقاب على هذه المسـائل وإن لم يخصص فقهاؤها الأقدمون باباً خاصاً لهذه النظرية . ونظرية التعزير نظرية أعم يندرج تحتها مثل نظرية الشروع دون أن تسميها الشريعة كذلك[1].

ومع كل ، فقد وجدنا فروضاً كثيرة بين طيات كتب الفقه الإسلامى تعبر عن الشروع فى جريمة السرقة دون أن يسميها الفقهاء شروعاً فى السرقة ويعاقبون فيها بالتعزير . جاء بالأحكام السلطانية للماوردى : « إذا جمع المال فى الحرز واسترجع منه قبل إخراجه ضرب أربعين سوطاً ، وإذا نقب الحرز ودخل ولم يأخذ ضرب ثلاثين سوطاً ، وإذا نقب الحرز ولم يدخل ضرب عشرين سوطاً ، وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ضرب عشرة أسواط . وإذا وجد معه منقب أو كان مراصداً للمال يحقق[2] » .

وجاء فى الخراج للقاضى أبى يوسف .

---

(١) انظر ص ٣٤٥ من التشريع الجنائى الإسلامى إذ يقول المؤلف :

« ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع فى الجرائم ، لأن الأفعال التى لم تتم تدخل فى جرائم التعازير كلها تكون منها معصية ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلا ، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها ما دام أن ما تم منها يعتبر فى ذاته جريمة تامة ، وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا إنها جرائم الشروع فلن نأتى بشىء جديد . »

(٢) انظر ص ٢٢٩ الماوردى ، وانظر ص ٢٦٥ أبى يعلى ، ١٧١ الخراج ، ٣٠٦ حاشية الدسوقى جزء ٤ « السارق إذا نقب الحرز فقط ولم يخرج النصاب منه فإنه لا يقطع فلو أخرج غيره النصاب من ذلك النقب لا يقطع لأن النقب يصير المال فى غير حرز وذلك إذا لم يكن بينهما اتفاق » .

« حدثنا الحجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل قد نقب وأخذ على ذلك الحال فلم يقطعه ، قال : وحدثنا عاصم عن الشعبي قال : ليس عليه قطع حتى يخرج بالمتاع من البيت »(١).

فكل الصور المتقدمة من صور الشروع فى جريمة السرقة كما يعرفها الفقه الجنائى الحديث، وإنما لم يعبر فقهاء الشريعة عنها بذلك فهى جرائم دون السرقة تستوجب التعزير .

دعوى السرقة :

هل يشترط لتوقيع العقوبة رفع الدعوى ومطالبة المسروق منه بالشيء المسروق ؟

قال صاحب الكنز :

وطلب المسروق منه شرط القطع أى طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار فى ذلك لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الأداء والقطع لتنتفى تلك الشبهة، وكذا إذا غاب عند القطع لأن الإمضاء فى الحدود من القضاء . وفى البدائع : إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحساناً ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبى يوسف لا ينتظر . وذكر فى النهاية معزياً إلى المبسوط أنه لا يعتبر بحضور وكيله عند

---

(١) وانظر ص ٣٢٠ المحلى لابن حزم جزء ١١ «عن عمرو بن شعيب أن سارقاً نقب خزانة المطلب بن وداعة فوجد فيها قد جمع المتاع ولم يخرج به فأتى به إلى الزبير فجلده وأمر به أن يقطع فمر بابن عمر فسأل فأخبر فأتى ابن الزبير فقال : أمرت به أن يقطع ؟ فقال نعم . فما شأن الجلد ؟ قال : غضبت . فقال ابن عمر : ليس عليه قطع حتى يخرج من البيت . أرأيت لو رأيت رجلا بين رجلى امرأة لم يصبها أنت حاده ؟ قال : لا . قال : لعله قد كان نازعاً تائباً وتاركاً للمتاع » .

الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير . وقال ابن أبي ليلى : لا يشترط حضوره فيها لأن الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا . وقال الشافعي : لاحاجة إلى حضوره فى الإقرار دون البينة لأن الشهادة تبنى على الدعوى دون الإقرار[1].

رد المسروق :

إذا قطع السارق هل يلزم برد المسروق أو ثمنه ؟

١ ـ قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد والثورى وابن شبرمة إذا قطع السارق فإن كانت السرقة قائمة بعينها أخذها المسروق منه ، وإن كانت مستهلكة فلا ضمان عليه وهو قول مكحول وعطاء والشعبي وأحد قولى إبراهيم النخعى[2].

٢ ـ وقال مالك يضمنها إن كان موسراً ولا شيء عليه إن كان معسراً .

٣ ـ وقال عثمان البتى والليث والشافعي يغرم السرقة وإن كانت هالكة وهو قول الحسن والزهرى وحماد وأحد قولى إبراهيم النخعى .

وقال الجصاص :

إذا كانت السرقة قائمة بعينها فلا خلاف أن صاحبها يأخذها ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء على صفوان والذى يدل على نفى الضمان بعد القطع قوله تعالى : « فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » . والجزاء اسم لما يستحق بالفعل فإذا كان الله تعالى جعل جميع ما يستحق بالفعل هو القطع لم يجز إيجاب الضمان معه لما فيه من الزيادة

---

(١) انظر ص ٢٢٧ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٠٨ جزء ٤ الدسوقى : والحاصل أن المسروق إن كان موجوداً بعينه وجب رده لربه إجماعاً بلا تفصيل ، وإن تلف فإن أيسر فكذلك ويرد مثل المثلى وقيمة المقوم وإن أعسر ولو فى بعض المدة فكذلك إن لم يقطع وإلا فلا غرم .

فى حكم النصوص، ولا يجوز ذلك إلا بمثل ما يجوز به النسخ، وكذلك قوله تعالى «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله» ينفى أن يكون هناك جزاء غيره ومن جهة السنة، حديث عبدالله بن صالح قال: حدثنى الفضل بن فضالة عن يونس بن زيد قال : سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله قال : إذا أقمتم على السارق الحد فلا غرم عليه[1].

اخفاء الأشياء المسروقة :

جاء فى المنتقى شرح الباجى عند تعليقه على ما جاء فى الموطأ عمن سرق عقد أسماء بنت أبى عميس زوجة أبى « وقوله أنهم فقدوا عقداً لأسماء زوج أبى بكر الصديق فأخذوا يطلبونه ويبحثون عنه وهو يمشى معهم فى ذلك ويدعو على من سرقه فيقول: اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح يريد سرقهم ليلا أو صيرهم فى ليلهم إلى مثل ذلك الحال من التعب والمشقة ثم أن الحلى وجد عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به وهذا لا يوجب على الصائغ قطعاً لو أنكر الأقطع لأنه من وجد عنده متاع وزعم أنه له أو أنه اشتراه أو وهب له فاستحقه منه مستحق زعم أنه سرق له فإنه لا يخلو أن يكون غير متهم أو متهماً، فإن كان غير متهم فقد قال ابن القاسم فيمن توجد معه السرقة فيقول : ابتعتها من السوق ولا يعرف بائعها وهى ذات بال أو لا بال لها أو ادعى المستحق أنها أكثر مما وجد معه، أنها ترد إلى من استحقها بالبينة بعد أن يحلف أنه ما خرج عن ملكه، فإن كان وجدت بيده من أهل الصحة خلى سبيله ولا يمين عليه .

وروى ابن حبيب عن أصبغ أنه إن كان من أهل الصلاح والبراءة أدب

---

(١) انظر ص ٥٢٤ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص والرأى الثالث هو الذى يتمشى مع المصلحة العامة .

المدعى. وقال مالك : لا يؤدب إذا كان ذلك منه طلباً لحقه، وإن قاله على وجه المشاتمة نكل له .

وفى الموازية عن أشهب، لا أدب على المدعى إلا أنه يتهم أنه يريد عيبه وسبه . وجه قول ابن القاسم أنه قد أضاف إليه السرقة وهو منزه عنها فوجب عليه الأدب كما لو قصد شتمه .

ووجه القول الثانى : أنه محتاج إلى أن يقوم بدعواه فكان له مخرج يصرف عنه الأدب كالقاذف لزوجته »[١].

السرقة من السارق :

اختلف فى قطع يد من سرق المال من الذى سرقه ، فقال علماء المالكية : يقطع . وقال الشافعى : لا يقطع ، لأنه سرق من غير مالك ومن غير حرز . وحجة المالكية : حرمة المالك عليه باقية لم تنقطع عنه ؛ ويد السارق كلا يد ، كالغاصب لو سرق منه المال المغصوب قطع ، فإن قيل لهم : اجعلوا حرزه كلا حرز . قال هؤلاء العلماء : الحرز قائم والملك قائم ولم يبطل الملك فيه فيقولوا للمالكية : أبطلوا الحرز[٢] .

المبحث الثالث

الجريمة التامة وعقوبتها

تتم جريمة السرقة الموجبة للحد إذا توافرت أركانها التى ذكرناها فيما تقدم فإذا انعدم ركن من هذه الأركان أو فرع من الفروع التى اتفق الفقهاء على وجوبها ؛ لا يجب القطع ، ويترتب التعزير على جريمة أخرى ليست جريمة سرقـــة .

---

(١) انظر ص ١٦٦ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ للباجى .

(٢) انظر ص ١٦٦ جزء ٦ القرطبى .

وقد احتاج المشرع الوضعى نظراً لتفاهة عقوبة السرقة أن يقوم بتشديد العقوبة على السارق إن اقترن فعله بظروف مشددة أهمها :

١ ـ الزمان أو الوقت الذى ارتكبت فيه السرقة .

٢ ـ المكان الذى وقعت فيه السرقة .

٣ ـ تعدد المرتكبين .

٤ ـ الوسائل المستخدمة فى ارتكاب السرقة .

٥ ـ صفة الجانى .

كما تتغير طبيعة الجريمة نفسهامن جنحة إلى جنايةإذا ارتكب الجانى جريمته بالإكراه أو باستعمال السلاح أو فى الطرق العمومية بشروط خاصة .

* * *

أما المشرع الإسلامى فلا يحتاج إلى كل ذلك ، فقد فرض عقوبة زاجرة حفظاً لأموال الناس . فالسارق يعاقب بقطع يده وليس بعد ذلك من ردع . إلا أنه قد رأى أن اللصوص قد يعيثون فى الأرض فساداً يغتالون أموال الناس بالباطل لا يردعهم فى ذلك قانون ولا شرع ، ولذلك فرض عقوبة المحاربين .

المبحث الرابع

الإثبات فى السرقة

تثبت جريمة السرقة بواحد من أمرين :

١ ـ الإقرار أى الاعتراف .

٢ ـ الشهـــادة .

أولا ـ الإقرار :

إقرار المرء على نفسه حجة عليه . وعند زفر لا يقطع بإقرار العبد على نفسه من غير تصديق المولى .

واختلف فى عدد مرات الإقرار .

١ ـ قال أبو حنيفة ومحمد والشافعى والثورى وعطاء: إن الجريمة تثبت بالإقرار مرة واحدة[1].

٢ ـ وروى عن على بن أبى طالب ، وابن أبى ليلى[2] وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة والحنابلة أنه لا يقطع ما لم يقر مرتين فى مجلسين مختلفين[3].

وقال أبو يوسف : إن الدعوى فى الإقرار ليست شرطاً ويقطع ولو كان المجنى عليه غائباً .

فإذا رجع فى إقراره واعترافه قبل القطع سقط القطع . ولم يسقط غرمه للمسروق لأنه حق المجنى عليه فى قول بعض الفقهاء ، وفى قول آخر لا يقبل رجوعه[4].

---

(١) انظر ص ٧٠ من كتاب الجامع الصغير محمد بن الحسن منشور على هامش كتاب الخراج للقاضى ابن يوسف الطبعة الأولى سنة ١٣٠٢ هـ .

(٢) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى ولد سنة ٧٤ هـ وتفقه بالشعبى وروى عن الشعبى وعطاء ونافع وأخذ عنه الفقه سفيان الثورى . ولى قضاء الكوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة . وكان أبو حنيفة يفتى أحياناً بخلاف ما يقضى به ابن أبى ليلى . فتأثر من ذلك وشكاه للوالى قائلا أن بالكوفة شاباً يعارضنى الأحكام ويشنع على بالخطأ فبعث الوالى إلى أبى حنيفة ومنعه من الفتوى وقد تفقه به أبو يوسف أولا ثم انتقل إلى أبى حنيفة وألف كتاباً ضمنه المسائل الخلافية بين أستاذيه . توفى سنة ١٤٨ هـ .

(٣) انظر ص ٢٢٨ ، ٢٨٩ المغنى جزء ١٠ لابن قدامه . وذكر بشر رجوع أبو يوسف إلى الرأى الآخر . انظر ص ٢١٣ جزء ٣ الزيلعى :

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن أبى أمية المخزومى أن النبى صلى الله عليه أتى بلص قد اعترف فقال له « ما أخالك سرقت . قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع . ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره » . وروى عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال : شهدت علياً أتاه رجل بالسرقة فرده وفى لفظ فانتهره وفى لفظ فسكت عنه . وقال غير هؤلاء فطرده ثم عاد بعد ذلك فأقر فقال له على : شهدت على نفسك مرتين وأمر به فقطع . قال أحمد : لا بأس بتلقين السارق ليرجع عن إقراره وهذا قول عامة الفقهاء . روى ذلك عن الخلفاء الراشدين .

(٤) قال بذلك ابن أبى ليلى وداود .

وقد جاء فى المحلى لابن حزم :

من أقر بسرقة فلا يخلو من أن يكون أقر بلا تهديد ولا عذاب، أو أقر بتهديد وعذاب .

فإن أقر بتهديد وعذاب فلا قطع عليه أصلا أحضر السرقة أو لم يحضرها إذ قد يدرى موضعها ، أو جعلت عنده فلا قطع عليه .

وإن كان أقر بلا تهديد ولا عذاب فالقطع عليه أخرج السرقة أو لم يخرجها . . .

وقال ابن حزم : وقال بعض من لا يرى درء الحد عن السارق برجوعه ، إنه إن أقر ثم رجع فلا قطع عليه لكن يغرم السرقة التى أقر أنه سرقها منه . وهذا تناقض وخطأ لأنه لم يقر له بشيء إلا على وجه السرقة .

(قلنا) فلا يخلو إقراره ذلك ضرورة من أحد وجهين لا ثالث لهما : إما أن يكون صادقاً فى أنه سرق منه ما ذكر أو يكون كاذباً فى ذلك .

فإن كان صادقاً فقد عطلوا الفرض إذ لم ينفذوا عليه ما أمر الله تعالى به من قطع يد السارق .

وإن كان كاذباً فقد ظلموه إذ غرموه ما لم يجب له عنده قط . ولا صح إقراره به فهم بين تعطيل الفرض أو ظلم فى إباحة مال محرم وكلاهما لا يحل[1].

ثانياً — الشهـــادة :

يلزم لثبوت الجريمة شهـــادة رجلين عدلين — فلا تقبل شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة — وعدم تقادم العهد — حتى ولو شهدوا بالسرقة بعد انقضاء المدة القانونية[2]— لم تقبل ولا يقطع . ويجب

---

(١) انظر ص ٣٤٠ ، ٣٤١ جزء ١١ المحلى لابن حزم

(٢) انظر ص ١٨٤ من العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

وانظر ص ٤٦ بدائع الصنائع جزء ٧ .

وانظر ص ٦٥ من المدونة جزء ١٦ . قال سحنون : قلت لعبد الرحمن بن القاسم : أرأيت الرجلين يشهدان على الرجل بالسرقة أيسألهما الحاكم عن السرقة ما هى وكيف هى فى قول مالك ومن أين أخذها وإلى أين أخرجها ؟ قال : لم أسمع مالكاً يحد فى هذا حداً .

أن يسأل الإمام الشهود عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها ويسأل الشهود عن زمانها لزيادة الاحتياط لأنه يلتبس الأمر على كثير من الناس وخاصة أن السرقة التى توجب القطع لها شروط دقيقة يلزم توافرها . كذا ينبغى أن يسأل عن المسروق منه هل هو أجنبى أو قريب أو زوج . لأنه يحتمل كل ذلك فلا بد من توضيح الأمر لإزالة الشبهة .

فإذا أوجب القطع بشهادتهما لم يسقط الحد بغيبتهما ولاموتهما[(١)، (٢)].

وقال الحاكم فى كتاب السرقة إذا كان المسروق منه حاضراً أو الشاهدان غائبين لم يقطع حتى يحضرا[(٣)].

فإذا شهدا بسرقة مال غائب فإن كان له وكيل حاضر فطالب به قطع السارق وإلا فلا . وقال البعض يحبس ولا يقطع حتى يحضر الغائب[(٤)].

(١ ، ٢) انظر ص ٢١٣ ، ٢١٤ حاشية الشلبى على الزيلعى .

قال الاتقانى : أما السؤال عن الكيفية بأن يقال كيف سرق فلاحتمال أنه نقب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع فذهب حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافاً لما روى عن أبى يوسف فى الأمالى وكذا إذا ناول صاحباً له على الباب لا يقطع .

وأما السؤال عن الماهية بأن يقال ما هى فلاحتمال أن المسروق شىء تافه أو يتسارع إليه الفساد أو مال ذى رحم محرم منه أو مال فيه شركة للسارق .

وأما السؤال عن المكان فلاحتمال أنه سرق فى دار الحرب أو سرق من غير حرز أو من بيت أذن له بالدخول فيه .

أما لو كان ثبوت السرقة بالإقرار لا يسأل القاضى المقر عن الزمان لأن التقادم لا يبطل الإقرار ولا عن المكان لكن يسأله عن باقى الشروط من الحرز وغيره .

انظر ص ٦٦ من المدونة جزء ١٦ .

قلت : « أرأيت إن سرق رجل فرفعه رجل أجنبى من الناس إلى السلطان والمسروق متاعه غائب أيقطعه السلطان فى قول مالك أم ينتظر رب المتاع حتى يقدم ؟ قال : إذا شهد الشهود أنه سرقه قطعت يده عند مالك » .

انظر ص ٦٧ المدونة جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٧٩ جزء ٢ منلا خسرو .

(٤) انظر ص ٢٨٦ من الشرح الكبير للمغنى جزء ١٠ .

وانظر ص ٨٣ من المدونة جزء ١٦ .

فإذا اختلف الشاهدان فى الوقت أو المكان أو المسروق فشهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس والآخر أنه سرق يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه سرق من هذا البيت وشهد الآخر أنه سرق من هذا البيت ، أو قال أحدهما سرق ثوراً وقال الآخر سرق بقرة ، أو قال سرق ثوراً وقال الآخر سرق حماراً — لم يقطع فى قولهم . وقال بذلك أحمد بن حنبل والشافعى وأبو ثور والحنفية ومالك(١).

= قلت : « أرأيت إن شهدا على رجل بالسرقة ثم رجعا عن شهادتهما قبل أن يقضى القاضى بشهادتهما . قال : ذلك لها عند مالك . قلت : وكذلك كل من شهد شهادة فرجع عنها قبل أن يقضى بها فله ذلك فى قول مالك ؟ ولا يكون عليه شىء فى قول مالك ؟ قال نعم » .

(١) انظر ص ٨١ من المدونة .

وانظر ص ٢٩١ المغنى جزء ١٠ .

وانظر ص ٣٤١ المحلى لابن حزم جزء ١١ .

أخبرونا عمن شهد عليه شاهدان بأنه سرق بقرة حمراء وقال الآخر بيضاء . أهذه الشهادة على سرقة واحدة أو على سرقتين مختلفتين ؟

فإن قالوا على سرقة واحدة كابروا العيان لأنه لا يشك ذو حس سليم أن سرقته بقرة صفراء ليس هى سرقة بقرة سوداء ، وإنما هى سرقة أخرى .

وإن قالوا بل هى سرقتان مختلفتان . قيل لهم : فأى فرق بين هذا وبين سرقة ثور أو بقرة أو باختلاف الشهادة فى المكان وهذا ما لا سبيل لهم منه إلا التخلص أصلا لا بنص القرآن ولا سنة صحيحة ولا إجماع . ولا قول صاحب ، ولا قياس ولا رأى سديد فسقط بيقين قول من فرق بين الأحكام التى ذكرنا ولم يبق إلا قول من ساوى بينهما فراعى الاختلاف فى كل ذلك ، أو لم يراع الاختلاف فى شىء من ذلك .

قال : فوجدنا من راعى الاختلاف فى كل ذلك يقول : إذا اختلف الشاهدان فى صفة المسروق أو فى زمانه أو فى مكانه فإنما حصل من قولهم فعلان متغايران فإن كان ذلك فإنما حصل على فعل شاهد واحد ولا يجوز القطع بشاهد واحد . فهذه حجتهم ما لهم حجة غيرها فنظرنا فيها فوجدناها لا تصح لأن الذى ينبغى أن يضبط فى الشهادة ويطلب به الشاهد إنما هو ما لا تتم الشهادة إلا به والذى إن نقص لم تكن شهادة فهذا هو الذى إن اختلف الشاهد فيه بطلت الشهادة لأنها لم تتم ، وأما ما لا معنى لذكره فى الشهادة ولا يحتاج إليه فيها . وتتم الشهادة مع السكوت عنه فلا ينبغى أن يلتفت إليه هو ذكر اللون والمكان . وحسب الشهداء أن يقولوا سرق رأساً من البقر مختفياً بأخذه ولا عليهما أن يقولا : أقرن . أو أعضب أو أبتر أو وافى الذنب أبيض أو أسود . وهذا هو الموجب للحد . ولم يقل الله تعالى ولا رسوله لا تقبلوا الشهادة حتى يشهدوا على سرقة واحدة لشىء واحد فى وقت واحد فى مكان واحد .

وإذا حبس السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى أو اليسرى عمداً فعليه القصاص[1].

الحرابة

يعبر الفقهاء عنها بالسرقة الكبرى تميزاً لها عن السرقة العادية التى وضحنا أحكامها[2]:

قال تعالى:

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض، ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم »[3].

ونتكلم فى هذا المبحث فى أمور:

١ ـ مناسبة نزول النص.

٢ ـ من هم المحاربون، وما هى جريمة الحرابة.

٣ ـ شروط لازمة لتوافر أركان الجريمة.

٤ ـ الإثبات فى الحرابة.

٥ ـ العقوبة فى الحرابة وسقوطها.

---

(١) انظر ص ٢٢٦ جزء ٣ حاشية الشلبى على الزيلعى.

(٢) سميت سرقة لمسارقة عين الإمام أو من يقوم مقامه وسميت كبرى لأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين أشد وأكبر بانقطاع الطريق ولهذا غلظ الحد فيها بخلاف الصغرى.

(٣) يحاربون الله ورسوله أى يحاربون أولياء الله. قال الكمال: أى يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الذمى.

ثم قوله تعالى يحاربون الله ورسوله؛ محاربته لرسوله إما باعتبار عصيان أمره وإما باعتبار أن الرسول صلى الله عليه وسلم هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه وإذا قطع الطريق التى تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه. انظر ص ٨٥ منلا خسرو جزء ٢.

أولا — مناسبة نزول النص :

اختلف الفقهاء فى سبب نزول آية الحرابة إلى أقوال خمسة وضحها ابن العربى فى كتابه أحكام القرآن .

١ — نزلت فى أهل الكتاب الذين نقضوا العهد وأخافوا السبيل وأفسدوا فى الأرض فخير الله الرسول فيهم . وبذلك قال ابن عباس ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى(١). قال ابن المنذر : قول مالك هو الصحيح .

٢ — نزلت فى المشركين(٢). فمن أخذ منهم قبل أن يقدر عليه لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحد الذى أصابه . ومن قال إن الآية نزلت فى المشركين مكرمة والحسن وهذا ضعيف يرده قوله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » وقوله عليه السلام : « الإسلام يهدم ما قبله » .

٣ — نزلت فى عكل وعرينة . عن أنس رضى الله عنه قال : قدم على النبي صلى الله عليه وسلم نفر(٣)من عكل فأسلموا فاجتووا المدينة فأمرهم

---

(١) انظر ص ٣٠٢ جزء ١٠ المغنى .

(٢) انظر القرطبى جزء ٦ ص ١٤٨ ، وانظر ص ١٣٤ جزء ٩ المبسوط . وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمى فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبى بردة الطريق فنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل بالحد فيهم أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلماً هدم الإسلام ماكان فى الشرك . فقوله وادع يحتمل المؤقتة وهو الأمان ويحتمل المؤبدة وهى الذمة أجرى أبو يوسف رحمه الله تعالى الكلمة على ظاهرها — وقال يقام حد قطاع الطريق على المستأمنين وأهل الذمة .

(٣) النفر هنا سبعة وعكل قبيلة من العرب وفى رواية من عرينة وفى أخرى من عكل وعرينة وهو الصواب لرواية الطبرانى : كانوا أربعة من عرينة وثلاثة من عكل ، فهؤلاء السبعة جاءوا للنبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة فأسلموا وأقاموا بها فاجتووا المدينة أى كرهوا الإقامة لما أصابهم من الجوى وهو داء فى الجوف إذا تطاول قتل صاحبه فأمرهم النبى بالخروج إلى البادية مع إبل الصدقة فيشربون من ألبانها وأبوالها ففعلوا فعادت صحتهم فارتدوا عن الإسلام وقتلوا راعى النبى واسمه يسار النوبى وسرقوا إبل الصدقة وذهبوا بها فبعث النبى وراءهم عشرين فارساً =

أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها ففعلوا فصحوا فارتدوا فقتلوا رعاتها واستاقوا الإبل فبعث فى آثارهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم ثم لم يحسمهم حتى ماتوا . زاد فى رواية : ثم ألقوا فى الحرة يستسقون فما سقوا حتى ماتوا . رواه الخمسة إلا الترمذى .

وقد زاد فى رواية « قال قتادة : فحدثنى ابن سيرين : أن ذلك قبل أن تنزل الحدود »[1] .

وهذا هو الذى عليه الجمهور .

٤ ـ إن الآية نزلت معاتبة للنبى صلى الله عليه وسلم فى شأن العرنيين وقال بذلك الليث . عن أبى داود والنسائى عن أبى الزناد عبدالله بن زكوان أن رسول الله لما قطع الذين سرقوا لقاحه وسمل أعينهم بالنار عاتبه الله تعالى فى ذلك وأنزل الآية .

٥ ـ قال قتادة : إن الآية نزلت لنسخ ما فعل الرسول فى العرنيين :

ثانياً ـ ما هى جريمة الحرابة ومن هم المحاربون ؟

الحرابة هى إشهار السلاح وقطع السبيل على الناس .

وقد اختلف الفقهاء إلى آراء فى مدى انطباق هذه الجريمة .

فقال مالك : إن الحرابة هى إشهار السلاح وقطع السبيل خارج السكن أو داخله[2]. كما قال إن الحرابة تكون خارج السكن، ولكن إذا ضعف

= وأميرهم كرز فأدركوهم فجاءوا بهم فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف لحد السرقة وكذا أمر بسمل أعينهم أى فقئها وإلقائهم فى الحرة ولم يحسموا جروحهم ولم يسقوهم حتى ماتوا لأنهم قتلوا وسرقوا وكفروا بعد إيمانهم وفيهم نزلت « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية . وعلى هذا الجمهور . انظر ص ١٧ ، ١٨ من التاج الجامع للأصول وانظر ص ٢٤٦ ابن العربى جزء ١ .

(١) انظر ص ٢٥٦ الجامع للأصول من أحاديث الرسول لابن الأثير جزء ٤ . وانظر ص ١٤٨ و ص ١٤٩ جزء ٦ القرطبى .

(٢) انظر ص ٧٥ من المدونة جزء ١٦ ، وانظر ص ٤٩٣ جزء ٢ الجصاص .

السلطان ووجدت شوكة اللصوص ومغالبتهم تكون داخل السكن .

وقال أبو حنيفة لا تكون الحرابة فى داخل السكن أبداً[1].

وروى عن أبى يوسف : أنه فى اللصوص الذين يكبسون الناس ليلا فى بيوتهم فى الحضر أنهم بمنزلة قطاع الطريق يجرى عليهم أحكامهم[2].

أما الإمام أحمد فقد توقف وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث[3] ، وقد قال فى ذلك ابن تيمية :

« هم قطاع الطرق الذين يعترضون الناس بالسلاح فى الطرقات ونحوها . ليغصبوهم المال ، مجاهرة ، من الأعراب والتركمان والفلاحين وفسقة الجند أو مردة[4] الحاضرة أو غيرهم » .

ولو شهروا السلاح فى البنيان لا فى الصحراء لأخذ المال ، فقد قيل إنهم ليسوا محاربين ، بل هم بمنزلة المختلس والمنتهب ، لأن المطلوب يدركه الغوث ، إذا استغاث بالناس . وقال أكثرهم إن حكمهم فى البنيان والصحراء واحـــد .

وهذا قول مالك فى المشهور عنه والشافعى وأكثر أصحاب أحمد وبعض أصحاب أبى حنيفة ، بل هم فى البنيان أحق بالعقوبة منهم فى الصحراء ؛ لأن البنيان محل الأمن والطمأنينة ، ولأنه محل تناصر الناس وتعاونهم . فإقدامهم عليه يقتضى شدة المحاربة والمغالبة ولأنهم يسلبون الرجل فى داره

---

(1) انظر ص ٢٤٠ جزء ٣ الزيلعى . قال بعض المتأخرين جواب أبى حنيفة رحمه الله بما شاهده فى زمنه فإن الناس فى ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح فى المصر والقرى فلا يتمكن القاصد من قطع الطريق إلا نادراً ولا ينبنى الحكم على النادر وأما فى زماننا فقد تركوا هذه العادة فيتحقق قطع الطريق فى الأمصار والقرى .

(٢) انظر ص ٥٠٢ جزء ٢ الجصاص .

(٣) انظر ص ٢٧٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٤) المردة هم الذين بلغوا الغاية من العتو ومجاوزة الحد فى الشر والمحارب كما يكون ذكراً قد يكون أنثى أيضاً . انظر ص ٨٥ جزء ٢ الشر نبلالية على منلا خسرو .

جميع ماله ، والمسافر لا يكون معه غالباً إلا بعض ماله . وهذا هو الصواب لاسيما هؤلاء المحترفون الذين تسميهم العامة فى الشام ومصر (المنسر) وكانوا يسمون ببغداد (العيارين) . ولو حاربوا بالعصى والحجارة المقذوفة بالأيدى، أو المقاليع ونحوها ، فهم محاربون أيضاً »(١)،(٢).

---

(١) انظر ص ٨٨ ، ٨٩ من السياسة الشرعية لابن تيمية .

(٢) انظر ص ١٩٤ من الذخيرة للقرافى جزء ٨ من المجلد المخطوط .

« وفى الجواهر المحارب هو المشهر بالسلاح لقصد السلب كان فى مصر أو فيفاء له شوكة أم لا ذكراً أو أنثى ولا تتعين آلة مخصوصة حبل أو حجر أو خنق باليد أو بالفم وغير ذلك وهو محارب وإن لم يقتل وكل من قطع الطريق وأخاف السبيل فهو محارب أو حمل السلاح بغير عداوة ولا نائرة وكذلك قتل الغيلة بأن يخدع رجلا أو مشى حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه وإن دخل داراً بالليل فأخذ مالا مكابرة ومنع الاستغاثة فهو محارب والخناق لأخذ المال محارب وكل من قتل أحداً على ما معه فهو محارب فعل ذلك بحر أو بعبد أو بمسلم أو ذمى وفى الكتاب إذا قطع أهل الذمة الطريق إلى مدينتهم التى خرجوا منها فهم محاربون ومن دخل عليك دارك ليأخذ مالك فهو محارب » .

وانظر ص ٣١٤ الحطاب جزء ٦ .

وانظر ص ٢٣٥ الزيلعى جزء ٣ .

« الحرابة تكون من قوم تكون لهم قوة وشوكة تنقطع بهم الطريق وأن لا يكون فى مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين وأن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لأن قطع الطريق إنما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون فى هذه المواضع عن الطريق لأنهم يلحقهم الغوث من جهة الإمام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق ، وعن أبى يوسف أنهم لو كانوا فى المصر ليلا أو فيما بينه وبين المصر أقل من مسيرة سفر تجرى عليهم أحكام قطاع الطرق وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهى رفع شر المتغلبة المتلصصة » .

وانظر ص ٣٠٨ المحلى لابن حزم جزء ١١ « فوجب بما ذكرنا أن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد فى سبيل الأرض سواء بسلاح ، أو بلا سلاح أصلا سواء ليلا أو نهاراً فى مصر أم فى فلاة . أو فى قصر الخليفة . أو الجامع سواء فعل ذلك بجند أو غيره منقطعين فى الصحراء أو أهل قرية سكاناً فى دورهم أو أهل حصن كذلك . أو أهل مدينة عظيمة أو غير عظيمة . كذلك واحداً كان أو أكثر كل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل نفس . أو أخذ مال . أو لجراحة . أو لانتهاك فرج فهو محارب عليه وعليهم . كثروا أو قلوا » .

وانظر ص ٣٠٤ جزء ١٠ المغنى .

وفى قول لمالك فى المدونة : إن الذين يسقون الناس السيكران محاربون إذا سقوهم ليسكروا فيأخذوا أموالهم ويقتلون(١).

ثالثاً — شروط لازمة لتوافر أركان الجريمة :

(ا) شروط ترجع للمتهم .
(ب) شروط ترجع للمجنى عليه .
(حـ) شروط تتعلق بالفعل .

شروط ترجع للمتهم :

يشترط الفقهاء فى المتهم أن يكون بالغاً عاقلا . وفى رأى بعض الفقهاء أن يكون ذكراً باعتبار أن المحاربة والمغالبة لا تتحقق من النساء عادة لرقة قلوبهن وضعف بنيتهن بخلاف السرقة لأنها أخذ للمال على وجه الاستخفاء ومسارقة العين والأنوثة لا تمنع من ذلك .

وفى رأى البعض الآخر أن المحارب كما يكون ذكراً قد يكون أنثى كسائر الحدود . فالحد إن كان هو القطع فلا يشترط فى وجوبه الذكورة أو الأنوثة كسائر الحدود فلا يشترط فى وجوبها الذكورة(٢).

كما لا يلزم أن يكون المتهم حراً فالعقوبة تلحقه حراً كان أم عبداً(٣).

شروط ترجع للمجنى عليه :

١ — أن يكون مسلماً أو ذمياً فعقد الذمة أفاده بعصمة ماله ، أما إن كان حربياً مستأمناً فيرى البعض أن ماله ليس معصوماً فلا حد على قاطعه .

---

(١) انظر ص ١٠٤ جزء ٦ السنة الكبرى .

(٢) انظر ص ٩١ البدائع جزء ٢٧ ص ٢٧٣ فتح القدير جزء ٤ ، انظر ص ٣٠٩ من المغنى الشرح الكبير . وانظر ص ١٠٢ من المدونة .

(٣) انظر ص ١٩٧ جزء ٩ المبسوط: فإن كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيه كالحكم فى الرجال الأحرار .

٢ ـ أن تكون يده صحيحة على المال فيكون هو المالك أو وكيله أو أمينه فإن كان سارقاً فيرى البعض أن لا حد على قاطعه .

٣ ـ أن لا تكون بينه وبين المتهم صلة رحم – فى رأى البعض – أسوة بجريمة السرقة[1].

شروط ترجع للفعل :

أولا : يجب لكى يطبق حد قطع الطريق أن تتوافر أركان جريمة السرقة من ناحية أن يكون مالا متقوماً ، معصوماً ، ليس للقاطع فيه حق الأخذ ، لا ملك له فيه ولا شبهة الملك ، محرزاً بحافظ ، نصاباً كاملا قدره الحسن بن زياد بعشرين درهماً، وحجته أن يقطع طرف واحد فى السرقة بعشرة دراهم وفى جريمة الحرابة يقطع طرفين فيلزم تضاعف النصاب[2] ، وقد رأى بعض الفقهاء :

١ ـ أن الحرابة هى قطع الطريق للاستيلاء على المال أو للقتل أو للزنى قال ابن العربى :

« لقد كنت أيام تولية القضاء قد رفع إلى قوم خرجوا محاربين إلى رفقة فأخذوا منهم امرأة مغالبة على نفسها من زوجها ومن جملة المسلمين معه فيها فاختلوا بها ثم جد فيهم الطلب فأخذوا وجيء فسألت من كان ابتلانى الله به من المفتين فقالوا ليسوا محاربين لأن الحرابة إنما تكون فى الأموال لا فى الفروج فقلت لهم إنا لله وإنا إليه راجعون ، ألم تعلموا أن الحرابة فى الفروج أفحش منها فى الأموال وأن الناس كلهم ليرضون أن تذهب أموالهم وتحرب من بين أيديهم ولا يحرب المرء من زوجته وبنته ؟ ولو كان فوق

---

(١) انظر ص ٢٣٩ جزء ٣ الزيلعى .

(٢) انظر ص ١٥٣ جزء ٦ القرطبى : قال ابن خويز منداد : ولا يراعى فى المال الذى يأخذه المحارب نصاباً كما يراعى فى السارق .

ما قاله الله عقوبة لكانت لمن يسلب الفروج ، وحسبكم من بلاء صحبة الجهال وخصوصاً فى الفتيا والقضاء[1] » .

٢ ـ قال بعض الفقهاء إن حد الحرابة يطبق ولو لم يأخذ المحارب النصاب المحدد للقطع فى السرقة[2] .

قال ابن العربى رداً على الشافعى إذ اشترط النصاب لوجوب الحد .

« قلنا أنصف من نفسك أبا عبدالله ووف شيخك حقه لله . . .

إن ربنا تبارك وتعـالى قال « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فاقتضى هذا قطعه فى حقه . وقال فى المحاربة « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » ، فاقتضى بذلك توفية الجزاء لهم على المحاربة عن حقه، فبين النبى صلى الله عليه وسلم فى السارق أن قطعه فى نصاب وهو ربع دينار وبقيت المحاربة على عمومها . فإن أردت أن ترد المحاربة إليها كنت ملحقاً الأعلى بالأدنى وخافضاً الأرفع إلى الأسفل وذلك عكس القياس ـ وكيف يصح أن يقاس المحارب وهو يطلب النفس إن وقى المـال بها على السارق وهو يطلب خطف المال فإن شعر به فر ـ حتى أن السارق إذا دخل بالسلاح يطلب المال فإن منع منه أو صيح عليه حارب عليه فهو محارب يحكم عليه بحكم المحارب »[3].

٣ ـ ورد فى المهذب للشيرازى .

« إن أخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافلة أو أخذه من جمال

---

(١) انظر ص ٢٤٧ من أحكام القرآن ـ ابن العربى جزء ٢ .

(٢) قال بهذا الرأى الشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر والحنابلة . وورد فى الجصاص جزء ٢ : « واعتبر أصحابنا فى إيجاب قطع المحارب مقدار المال المأخوذ بأن يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم واعتبر الشافعى ربع دينار كما اعتبره فى قطع السارق ولم يعتبره مالك لأنه يرى إجراء الحكم عليهم بالخروج قبل أخذ المال » .

(٣) انظر ص ١٠٠ من المدونة (جزء ١٦) وهو رأى مالك .

وانظر ص ٢٤٩ من أحكام القرآن لابن العربى جزء ١ .

وانظر الرأى المخالف فى الزيلعى جزء ٣ ص ٢٣٨ .

مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع، لأنه قطع يتعلق بأخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة بخلاف الإمام مالك لا يعتبر الحرز فى الحرابة »[1].

ثانياً : أن ترتكب الجريمة خارج المدن العامرة .

فإن كانت فى المدينة لا يحد فى رأى أبى حنيفة وآخرين .

وفى رأى مالك والشافعى والأوزاعى يجب الحد .

وحجة الرأى الأول أن الغوث يلحق المستغيث من قاطع الطريق فلا داعى لحمايته[2].

---

(١) انظر ص ٢٧٤ فتح القدير جزء ٤ .

« وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض فلا يجب الحد لأن الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق متاع غيره وهو معه فى دار واحدة فلا يجب الحد » .

وانظر ص ٣١٣ جزء ١٠ من المغنى لابن قدامة .

« وأما الحرز فهو يعتبر فإنهم لو أخذوا مالا مضيعاً لا حافظ له لم يجب القطع وإن أخذوا ما يبلغ نصاباً ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً قطعوا على قياس قولنا فى السرقة وقياس قول الشافعى وأصحاب الرأى أنه لا يجب القطع حتى تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً » .

(٢) انظر ص ٢٤٧ ابن العربى فى أحكام القرآن جزء ١ :

« وأما قول من قال أنه سواء فى المصر والبيداء فإنه أخذ بمطلق القرآن . وأما من فرق فإنه رأى أن الحرابة فى البيداء أفحش منها فى المصر لعدم الغوث فى البيداء وإمكانه فى المصر والذى نختاره أن الحرابة عامة فى المصر والقفر وإن كان بعضها أفحش من بعض ولكن اسم الحرابة يتناولها . ومعنى الحرابة موجود فيها ولو خرج بعصا من فى المصر يقتل بالسيف ويؤخذ فيه بأشد من ذلك لا بأيسره فإنه سلب غيلة وفعل الغيلة أقبح من فعل المجاهرة — ولذلك دخل العفو فى قتل المجاهرة فكان قصاصاً ولم يدخل فى قتل الغيلة وكان حرابة فتحرر أن قطع السبيل موجب القتل فى أصح أقوالنا خلافاً للشافعى وغيره » .

وانظر ص ٩٢ البدائع جزء ٧ وص ٣٨٠ بداية المجتهد جزء ٢ :

وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب داخل المصر أو خارجه وتوقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث وعن أبى يوسف فى رواية أخرى إن قصده بالسلاح نهاراً فى المصر فهو قاطع وإن كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفى الليل يكون قاطعاً بالخشب والحجر لأن السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطىء بالليالى فيتحقق بلا سلاح وفى شرح الطحاوى الفتوى على رأى أبى يوسف . =

ثالثاً : أن ترتكب الجريمة تامة فلا يعاقب بالحد فى الشروع فيها .

فإذا أمسك المحارب قبل أخذ شيء من المارة وقبل قتل واحد منهم أو أكثر حبس بعد التعزير لمباشرته منكراً ، حتى يتوب لا بمجرد القول بل بأن يظهر فيه سيماء الصلحاء[1].

ويجب أن نفرق فى هذا الصدد بين الشروع فى هذه الجريمة وبين الجريمة التامة فإذا أخذ قاصد قطع الطريق قبل أن يقطع حبس حتى يتوب وتكون الجريمة هنا شروع فى الحرابة ولكن لا يعاقب عليها بحد الحرابة .

أما إذا أخاف المحاربون السبيل ولم يأخذوا مالا فإنهم يكونون قد ارتكبوا الجريمة التامة وتكون عقوبتهم النفى[2].

= وانظر ص ٣٠٣ من المغنى جزء ١٠ لابن قدامه :

والمحاربون الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التى تذكرها بعد تعتبر لهم شروط ثلاثة :

١ – أحدها أن يكون ذلك فى الصحراء ، فإن كان ذلك منهم فى القرى والأمصار فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم وظاهر كلام الخرقى أنهم غير محاربين . وذكر القاضى أن هذا إن كان فى المصر مثل أن كبسوا داراً فكان أهل الدار بحيث لو صاحوا أدركهم الغوث فليس هؤلاء بقطاع طريق لأنهم فى موضع يلحقهم الغوث عادة ، وإن حصروا قرية أو بلداً ففتحوه وغلبوا على أهله أو محلة منفردة بحيث لا يدركهم الغوث فهم محاربون لأنهم لا يلحقهم الغوث فأشبهوا قطاع الطريق فى الصحراء .

٢ – الثانى : أن يكون معهم سلاح فإن لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين لأنهم لا يمنعون من يقصدهم ولا نعلم فى هذا خلافاً . فإن عرضوا بالعصى والحجارة فهم محاربون وبه قال الشافعى وأبو ثور وقال أبو حنيفة ليسوا محاربين لأنه لا سلاح معهم – ولنا أن ذلك من جملة السلاح الذى يأتى على النفس والطرف فأشبه الحديد .

الثالث : أن يأتوا مجاهرة ويأخذوا المال قهراً ، فأما إن أخذوه مختفين فهم سراق وإن اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم .

وانظر ابن حزم جزء ١١ فى المحلى ص ٣٠٧ .

« وأما قول من قال : لا تكون المحاربة إلا فى الصحراء ، أو من قال لا تكون المحاربة فى المدن إلا ليلا فقولان فاسدان ، ودعويان ساقطتان . بلا برهان لا من قرآن . ولا من سنة صحيحة ولا سقيمة ولا من إجماع ولا من قول صاحب ولا من قياس . . . » .

(١) انظر ص ٨٥ جزء ٢ منلا خسرو .

(٢) أنظر ص ٢٣٥ جزء ٣ الزيلعي . ورد في فتح القدير ص ٢٨٨ و٢٦٩ جزء ٤ وإذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عن نقيض مقاتليهم أو واحد له ثقة بقوته وبخبرته .

رابعاً : الإثبات فى الحرابة :

كما فى السرقة تثبت بالإقرار وبالشهادة بنفس الشروط .

فإن أقر الفرد على نفسه بأن قتل غيلة ثم رجع فإنه يقبل رجوعه .

قال بذلك مالك[1].

ويقبل مالك شهادة المجنى عليهم على الذين سلبوهم ولو بشهادة السماع .

وقال الشافعى تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم مالا أخذوه[2].

وقد جاء فى المغنى لابن قدامة :

« إذا شهد عدلان على رجل أنه قطع عليهما الطريق وعلى فلان وأخذ متاعهم ، لم تقبل شهادتهما لأنهما صارا خصمين له بقطعه عليهما ، وإن قالا نشهد أن هذا قطع الطريق على فلان وأخذ متاعه قبلت شهادتهما ولم يسألها الحاكم هل قطع عليكما معه أم لا لأنه لا يسألها ما لم يدعيا عليه .

وإن عاد المشهود له فشهد عليه أنه قطع عليهما الطريق وأخذ متاعهما لم تقبل شهادته لأنه صار عدواً له بقطعه الطريق عليه .

وإن شهد شاهدان أن هؤلاء عرضوا لنا فى الطريق وقطعوها على فلان قبلت شهادتهما لأنه لم يثبت كونهما خصمين بما ذكراه[3].

ورأى مالك هو الأقرب لاستتباب الأمن وللمعقول .

خامساً : العقوبة وسقوطها :

فصلنا هذا الموضوع فى بحث سابق ولا نريد أن نعيده هنا حتى

= شوكته : يقصدون قطع الطريق أي أخذ المارة ، فإن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً ، بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا محكمهم أن يقرروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا ، ومن أخاف الطريق ولم يُقتل ولم يأخذ المال قضي .

(١) انظر ص ٣١٦ الحطاب جزء ١١ ، انظر ١٠٣ المدونة جزء ١٦ .

(٢) ولو شهد بعض اللصوص على بعض لم تقبل – وكذا لو شهد بعض المأخوذين لبعض . وانظر ص ٣٠٤ من المختصر النافع فى فقه الإمامية للحلى طبعة وزارة الأوقاف .

(٣) نظر ص ٢١٠ الذخيرة للقرافى جزء ٨ ، ٣٢٤ من المغنى جزء ١٠ .

لا يكون هناك تكرار ، وإنما نريد أن نوجز فنقول إن حال قاطع الطريق لا تخلو من أحوال أربعة :

١ – إذا قتل وأخذ المال فإنه يقتل ويصلب ، وقتله متحتم لا يدخله عفو .

وقد أجمع على هذا الجمهور ، قال به الحنابلة والشافعي والحنفية . والزهرى ، ولأنه حد من حدود الله فلا يسقط بالعفو .

إلا أن القائلين بهذا الرأى اختلفوا فى الصلب على أوجه ثلاثة :

الوجه الاول :

قال الشافعي إنه يصلب بعد قتله .

وقال الأوزاعى ومالك والليث وأبو حنيفة وأبو يوسف يصلب حياً ثم يقتل مصلوباً لأن الصلب عقوبة ، ويعاقب الحى لا الميت[١].

وعن أبى يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط لأنه أبلغ فى الردع[٢].

الوجه الثانى :

فى مدة صلبه . فيرى بعض الفقهاء أن المقصود بالصلب إعلام الناس به ، فمدته قدر ما يشتهر الأمر . قال بذلك بعض الحنابلة .

وقال الشافعي وأبو حنيفة يصلب ثلاثة أيام ويخلى بينه وبين أهله ليدفنوه ، كذا قال الشيعة الإمامية[٣].

---

(١) ورد القولان فى الحلى ص ٣٠٤ طبعة وزارة الأوقاف .

(٢) انظر ص ٢٣٧ جزء ٣ الزيلعى .

(٣) انظر المرجع السابق والشيعة الإمامية الاثنى عشرية تطلق على طائفة من الشيعة كانت تعتقد أن النبى صلى الله عليه وسلم أوصى بالخلافة لعلى بالذات ، ويبالغون فى النيل ممن سبقه إليها ويحصرون الحق فيها من بعده لولده من فاطمة وهم الحسن ثم الحسين ومن يعقبهما من الأبناء إلى الثانى عشر . =

الوجه الثالث :

فى ضرورة الصلب :

أ – يرى البعض أنه واجب في حق من قتل وأخذ المال لا يسقط بالعفو

ب – وقال أصحاب الرأي إن شاء الإمام صلب وإن شاء لم يصلب .

٢ – إذا قتل ولم يأخذ المال فإنه يقتل ولا يصلب . وفى رأى أنه يقتل ويصلب لأنه محارب .

والأوجه الرأى الأول حتى تتدرج العقوبات زيادة ونقصاناً بحسب خطورة الجريمة(١).

٣ – إذا أخذ المال ولم يقتل فإنه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى .

= وكتاب المختصر النافع فى فقه الإمامية ألفه الشيخ المحقق ابن القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

وانظر ص ٣١٧ ، ٣١٩ من المحلى لابن حزم جزء ١١ :

صح يقيناً أن الله تعالى لم يوجب قط عليهم حكمين من هذه الأحكام ولا أباح أن يجمع عليهم خزيان من هذه الأخزاء فى الدنيا وإنما أوجب على المحارب أحدها لا كلها . ولا اثنين منها ولا ثلاثة فصح بهذا يقيناً لا شك فيه أنه إن قتل فقد حرم صلبه وقطعه ونفيه . وأنه إن قطع فقد حرم صلبه وقطعه ونفيه وأنه إن نفى فقد حرم قتله وصلبه وقطعه . وأنه إن صلب فقد حرم قتله وقطعه ونفيه فلا يجوز البتة غير هذا .

فلا يحل أن يجمع عليه أمران لأن الله تعالى إنما أمر بذلك بلفظ (أو) وهو يقتضى التخيير ولا بد – ولو أراد الله تعالى جمع ذاك لقال : أن يقتلوا ويصلبوا وتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف .

وانظر ص ٩٩ من المدونة جزء ١٦ .

قلت : ويصلبه قال : قال مالك لم أسمع أحداً صلب إلا عبد الملك بن مروان فإنه كان صلب الذى كان يقال له الحارث (قال) قال مالك وذلك إلى الإمام يجتهد فيه . وكيف يصلبه فى قول مالك أحياً أم ميتاً (قال) لم أسمع من مالك إلا ما أخبرتك بما ذكر عن عبد الملك بن مروان فإنه صلب الحارث وهو حى وطعنه بالحربة بيده (قال) وأنا أرى أن يصلب حياً ويطعن بعد ذلك . وانظر ص ٥٠٠ أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ .

(١) وإن قتل ولم يأخذ المال حتّم قتله ولم يجز لولى الدم العفو عنه . انظر المهذب جزء ٢ ص ٢٨٤ .

٤ ـ إذا أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ مالا . فإنه ينفى ويشرد . وفى النفى تفصيل أفاض فيه الفقهاء ذكرناه فى بحث سابق فيحسن الرجوع إليه(١).

وقال مالك إذا قطع الطريق فرآه الإمام جلداً ذا رأى قتله ، وإن كان جلداً لا رأى له قطعه ولم يعتبر فعله .

وقد قال صاحب المغنى فى ذلك :

لا يقتل إذا لم يقتل لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل بغير حق(٢) .

وهو رأى الحنفية أورده الجصاص .

٥ – أن يتوب قبل القدرة عليه .

التوبة فى الحرابة :

إذا تاب المتهم فى جريمة قطع الطريق فلا يخلو الأمر من حالين :

الأول : أن يتوب قاطع الطريق بعد القدرة عليه . أى بعد معرفته والقبض عليه فلا يسقط عنه . ويجب عليه الحد باعتبار ما فعل من جريمته على حسب التفصيل السابق ذكره .

الثانى : أن يتوب قاطع الطريق قبل القدرة عليه . فقد نصت الآية : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » .

ونبحث أمرين :

الأمر الأول : حقوق السلطة العامة فى جريمة قطع الطريق ، قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور والحنابلة : إن الحد يسقط عنهم لما ورد فى الآية الصريحة ، « فعلى هذا يسقط عنهم وجوب القتل والصلب والقطع والنفى » .

---

(١) انظر ص ٨٨ ، ١١٣ من العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

(٢) انظر ص ٣٠٦ جزء ١٠ من المغنى ، وانظر ص ٤٩٧ الجصاص جزء ٢ .

الأمر الثانى : حقوق الأفراد الخاصة فى جريمة قطع الطريق يجب عليهم هذه الحقوق . فيبقى عليهم القصاص فى النفس والجراح وغرامة المال فى السرقة والدية إذا سقط القصاص ، والأرش أو حكومة العدل بحسب الأحوال(١).

وقال الليث بن سعد لا يطالب بهذه الحقوق(٢).

كيفية التوبة :

تفرق الرأى فى ذلك إلى أقوال ثلاثة :

١ ـ أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ، أو أن يلقى سلاحه ويأتى الإمام طائعاً .

٢ ـ يترك ما هو عليه ويجلس فى موضعه وتظهر توبته لجيرانه .

٣ ـ يأتى الإمام . فإن لم يترك ما هو عليه لم يسقط عنه الحد(٣).

هل إقامة الحد على قاطع الطريق كفارة لذنوبه ؟

قال الجصاص :

إقامة الحد على قاطع الطريق لا تكون كفارة لذنوبه لإخبار الله تعالى بوعيده فى الآخرة بعد إقامة الحد عليهم قوله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » استثناء لمن تاب منهم من قبل القدرة عليهم وإخراجه لهم من جملة من أوجب الله عليه الحد لأن الاستثناء إنما هو إخراج بعض ما انتظمته الجملة منها كقوله تعالى : « إلا آل

---

(١) انظر ص ٣١٥ من المغنى لابن قدامة جزء ١٠ ، وانظر ص ٨٦ جزء ٢ منلا خسرو ، انظر ص ٥٠١ جزء ٢ الجصاص .

وانظر ص ٢٨٥ المهذب جزء ٢ ، انظر ص ٢٠٦ الذخيرة للقرافى جزء ٨ .

(٢) انظر ص ٢٤٩ جزء ١ أحكام القرآن لابن العربى .

(٣) انظر ص ٢٠٩ الذخيرة للقرافى جزء ٨ حيث وضح أقوال المذهب فى ذلك .

وانظر ص ٣٨٢ بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد .

لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته » فأخرج آل لوط من جملة المهلكين وأخرج المرأة بالاستثناء من جملة المنجين . وقوله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » عقل بذلك سقوط عقوبات الدنيا والآخرة عنهم، فإن قال قائل قد قال فى السرقة : « فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم » ومع ذلك فليست توبة السارق مسقطة للحد عنه . قيل له : لأنه لم يستثنهم من جملة من أوجب عليهم الحد، وإنما أخبر أن الله غفور رحيم لمن تاب منهم. وفى آية المحاربين استثناء يوجب إخراجهم من الجملة[1].

---

(١) انظر ص ٥١ جزء ٢ . أحكام القرآن .

الفصل الثاني

جريمة الزنا

فى الفقه الحديث :

تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات المصرى على :

« لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها، إلا أنه إذا زنى الزوج فى المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين فى المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها » .

وتنص المادة ٢٧٤ :

والمرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ؛ لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت .

وتنص المادة ٢٧٥ :

« ويعاقب أيضاً الزانى بتلك المرأة بنفس العقوبة » .

وتنص المادة ٢٧٦ :

« الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخر مكتوبة منه، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم » .

وتنص المادة ٢٧٧ :

« كل زوج زنى فى منزل الزوجية وثبت عليه هـذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور » .

فالزنا يعاقب عليه فى التشريع الوضعى على اعتبار أن فيه إخلالا بعقد الزواج . وقد كانت هذه المواد على قلتها مجالا لبحوث كثيرة فى موضوع الزنا . وقد كتبت فيه أبواب كثيرة ورسالات عديدة . ولا يهمنا فى هذا المؤلف أن نفيض فى الكتابة عن الزنا فى التشريع الوضعى . فالمراجع كثيرة كما أسلفنا . إنما يهمنا أن نبرز الفروق الواضحة بين هذه الجريمة فى ذلك التشريع وفى الفقه الإسلامى لنرى الخلاف بين الفكرتين .

ويهمنا أن نوضح أن القانون المصرى أسوة بالقانون الفرنسى فرق بين زنا الزوج وزنا الزوجة من أربعة وجوه :

١ ــ إن الجريمة لا تقوم بالنسبة إلى الزوج إلا إذا زنى فى منزل الزوجية . أما الزوجة فيثبت زناها فى أى مكان .

٢ ــ أن الزوجة إذا زنت تعاقب بالحبس مدة أقصاها سنتان . أما الزوج فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور .

٣ ــ أن للزوج أن يعفو عن زوجته بعد الحكم عليها . أما الزوجة فلم ينص على أن لها حق العفو عن زوجها بعد الحكم عليه نهائياً .

٤ ــ أن الزوج يعذر إذا قتل زوجته حال تلبسها بالزنا ويخفف عقابه . أما الزوجة فلا عذر لها فى مثل هذه الحالة .

ونبحث أمرين اعترضا سبيل التشريع الوضعى :

١ ــ إلغاء العقاب فى جريمة الزنا وترك الأمر للقضاء المدنى .

٢ ــ حذف الفروق الموجودة بين جريمة زنا الزوج وزنا الزوجة .

أولا ــ إلغاء العقوبة فى جريمة الزنا وترك الأمر للقضاء المدنى :

بحث هذا الأمر فى هولندا عندما شكلت لجنة لتحرير قانون العقوبات الهولندى فاقترحت هذه اللجنة حذف الزنا من عداد الجرائم بحجة أن كل عقوبة توضع للزنا هى عقوبة ظالمة وغير زاجرة، لأنه إما أن تحصل المحاكمة

على الجريمة بدون أخذ رأى الزوج، وحينئذ يزداد خطر الفضيحة وأضرار المحاكمة الذى تحدثه الجريمة بالمجتمع الإنسانى . وإما أن يخول الزوج وحده حق رفع الشكوى ، وحينئذ يتوقف العقاب على مزاج الزوج ودرجة تأثره[1]، ومن ناحية أخرى إن عقوبة الزنا ليس لها أى أثر مانع، إذ لا تكفى العقوبة لإيقاف من لا توقفهم اعتبارات أسمى وأعظم شأناً . وأخيراً فإن الحكم المدنى بالطلاق أو الفرقة هو التعويض الطبيعى الفعال عن الإخلال بعهد الزواج ، ومتى أمكن الحصول عليه فلا فائدة لغيره من الحلول . ومع ذلك لم تأخذ الحكومة الهولندية بهذه الأسباب ولم تحذف الجريمة من القانون .

كما أن غالبية التشريعات الأجنبية تعاقب على هذه الجريمة، وذلك لأمرين:

١ ـــ لحماية الزوج المجنى عليه الذى جرح فى عواطفه وشرفه .

٢ ـــ لحماية نظام الأسرة الذى هو فى الواقع الصورة المصغرة للمجتمع الكبـــير .

ونظراً لأن الأمر الأول ترعاه الدولة أكثر من حقها نفسه فإنه فى معظم القوانين الوضعية تمتد سلطة الشخص المضرور إلى حد منع المحاكمة . وفى هذه القوانين يخول الزوج حق إيقاف الدعوى العمومية فى أثناء سيرها وتحرير الزوجة من نتائج الحكم الصادر عليها[2].

ثانياً ـــ حذف الفروق بين الزوج الزانى والزوجة الزانية .

إن المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة من حيث تكوين جريمة الزنا لا تتفق مع العقليات البشرية .

ويقرر الفقهاء الفرنسيون بأن الزوجة التى تخرق قوانين الحياة فإنها تسلم نفسها تسليماً تاماً لمن يستولى عليها . فمن جانبها ليست المسألة مسألة خطأ عارض يمر فلا يعتد به . إذ هى لا تقع فى وهدة السقوط إلا بعد أن تقطع

(١ ، ٢) انظر ص ٦٨ من الموسوعة جزء ٥ .

فى الغالب نهائياً الصلات التى تربطها بعائلتها وعلى الخصوص بزوجها ، فإذا ارتكبت فعل الزنا ولو مرة واحدة فإن هذا كاف لهدم الزواج وانحلال العائلة . ويرون بناء على ذلك أنه بينما تتحقق جريمة الزنا من جانب الزوجة بفعل واحد من أفعال الزنا ، لا يجب أن تتحقق هذه الجريمة من جانب الزوج إلا إذا زنا غير مرة بامرأة أعدها لذلك[1].

وفى الواقع زنا الزوجة يؤدى إلى نتائج أسوأ من زنا الزوج للأسباب الآتيـة :

١ – لأنه يمكن أن يدخل فى العائلة طفلٌ غير شرعى .

٢ – لأنه فى حالة الرأى العام الذى لا يستطيع الشارع أن يتجاهله يلحق العار بالزوج ويجعله موضعاً للهزء والسخرية[2].

* * *

فالزنا فى الفقه الغربى يقترن بالزواج سواء من ناحية الزوج أو الزوجة . أما الاتصال الجنسى غير الشرعى بين الرجل والمرأة بالاختيار فلا عقاب عليه إلا إذا كانت المرأة أقل من ١٨ سنة[3]. ولا نريد أن نتوسع فى الكتابة فى شرح نصوص القانون الوضعى . وإنما أوردناها لنقارن بين ما جاء بها وما وجدناه فى الفقه الإسلامى .

* * *

أما فى الفقه الإسلامى فنجد أن الزنا عام شامل العلاقة الجنسية غير الشرعية سواء كان الزانى متزوجاً أو غير متزوج . فكل اتصال جنسى كامل بين رجل وامرأة بشروط خاصة هو زنا يعاقب عليه بعقوبة الزنا .

---

(١) انظر ص ٦٩ من المرجع السابق .

(٢) انظر ص ٦٨ من المرجع السابق .

(٣) انظر المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات المصرى .

تعريف الزنا :

تتعدد التعاريف باعتبار الخلاف بين مختلف المذاهب فى الفروع ، ويحسن أن نختار تعريفاً انتقيناه من كل مذهب من أحد كتبه الهامة .

فالفقيه القرافى المالكى يعرف الزنا فى كتاب الذخيرة بأنه :

« انتهاك الفرج المحرم بالوطء المحرم فى غير الملك ولا شبهته[1] » .

والشيرازى الشافعى يعرفه :

« بأنه وطء رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد ولا ملك ولا شبهة ملك وهو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم[2] »

وصاحب بدائع الصنائع الحنفى يعرفه :

« الزنا هو اسم للوطء الحرام فى قبل المرأة الحية فى حالة الاختيار فى دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام ، العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته[3] » .

ويعرفه ابن قدامة الحنبلى فى كتابه المغنى :

« من وطىء امرأة فى قبلها حراماً لا شبهة له فى وطئها إنه زان يجب الحد

---

(١) انظر ص ١١٤ جزء ٨ من الذخيرة ، انظر ص ٨٣ جزء ٢ من ابن العربى .
« الزنا هو الوطء المحرم شرعاً فى غير ملك ولا شبهة الملك سواء كان فى قبل أو دبر فى ذكر أو أنثى » ، انظر ص ٣٦٢ بداية المجتهد لابن رشد « الزنا هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين » .

(٢) انظر ص ٢٦٦ المهذب جزء ٢ للشيرازى . وقال الماوردى : الزنا هو تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره فى أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة وجعل أبو حنيفة الزنا مختصاً بالقبل دون الدبر .

(٣) انظر ص ٣٣ البدائع جزء ٧ ، انظر ص ٢٤٧ أبو يعلى وقد جاء فى فتح القدير جزء ٤ ص ١٣٩ .
« الزنا هو إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضياً بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقياً فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فإنهما يحدان فى هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين » .

إذا كملت شروطه . والوطء فى الدبر مثله فى كونه زنا لأنه وطء فى فرج امرأة لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فكان زنا[1]» .

وعرفه الحلى وهو من الشيعة الإمامية بأنه « إيلاج الإنسان فرجه فى فرج امرأة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة بغيبوبة الحشفة قبلا أو دبراً[2]» .

وسنتكلم فى جريمة الزنا فى الفقه الإسلامى فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أركان جريمة الزنا .

المبحث الثانى : أدلة الإثبات فى الزنا .

المبحث الثالث : فروق جوهرية بين التشريعين .

المبحث الأول

أركان جريمة الزنا

لكل جريمة أركان لا تتوافر إلا بها ، وأركان جريمة الزنا هى :

١ ــ الفعل المادى « الوطء » .

٢ ــ شروط فى الزانى أو الزانية .

٣ ــ القصد الجنائى .

الركن الأول ــ **الفعل المادى :**

الوطء :

من أهم الأركان التى تستوجب العقوبة فى جريمة الزنا الوطء، والوطء الذى يوجب الحد هو إيلاج الحشفة وتغييبها فى الفرج أو قدرها من مقطوعها .

---

(١) انظر ص ١٥١ المغنى جزء ١٠ .

« الزنا يجب بغيبوبة حشفة ذكر البالغ العاقل فى أحد الفرجين قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة » .

(٢) انظر ص ٢٩١ للحلى طبعة الأوقاف .

والوطء يتناول الإيلاج المجرد عن الإنزال فإنه ليس بشرط هنا . ولا يشترط أن يكون الوطء بإيلاجه فإنه لو كان مستلقياً فأدخلت ذكره فى فرجها[1] لزمهما الحد .

جاء فى الزيلعى :

« يجب أن يسأل الإمام الشهود عن نفس الزنا وماهيته . وهو إدخال الفرج فى الفرج لأنه يحتمل أنهم عنوا به غير الفعل فى الفرج . فإن بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل فى المكحلة . حكم بالحد[2] » .

وجاء فى المهذب :

« والوطء الذى يجب به الحد أن يغيب الحشفة فى الفرج فإن أحكام الوطء تتعلق بذلك ولا تتعلق بما دونه، وما يجب بالوطء فى الفرج من الحد يجب بالوطء فى الدبر لأنه فرج مقصود، فتعلق الحد بالإيلاج فيه كالقبل، ولأنه إذا وجب بالوطء فى القبل وهو ما يستباح أولى »[3].

أخرج أبو داود والنسائى وعبد الرزاق فى مصنفه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « جاء الأسلمى نبى الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه، فأقبل فى الخامسة فقال : أنكحتها ؟ قال نعم : قال حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها ؟ قال : نعم قال : كما يغيب المرود فى المكحلة ، وكما يغيب الرشاء فى البئر ؟ قال نعم : قال فهل تدرى ما الزنا ، قال نعم . أتيت منها حراماً مثل ما يأتى الرجل من

---

(١) انظر ص ٦١ الدرر الحكام ، ص ٢٧٨ جزء ٤ الشرح الكبير للدردير « الوطء تغييب الحشفة أو قدرها ولو بحائل خفيف لا يمنع اللذة – أو بغير انتشار » .

وإيلاج بعض الحشفة غير موجب للحد لأنه ليس وطئا ولذا لم يوجب الغسل ولم يفسد الحج كما فى الجوهرة . انظر ص ٢١٧ جزء ٣ ابن عابدين .

(٢) انظر ص ١٦٥ الزيلعى جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٢٦٧ المهذب جزء ٢ .

امرأته حلالا . قال فما تريد بهذا القول ؟ قال أريد أن تطهرنى . فأمر به فرجم[1] » .

هذا القول جميعه ينطبق على الرجل لأنه هو المباشر للزنا وهو المولج فما حكم المرأة فى ذلك الأمر ؟

جاء فى كتاب أحكام القرآن لابن العربى :

« قوله تعالى : الزانية والزانى . فذكر الذكر والأنثى فيه والزانى كان يكفى عنه ، قلنا هذا تأكيد للبيان . كما قال والسارق والسارقة ، ويحتمل أن يكون ذكر فى الزنا لئلا يظن ظان أن الرجل لما كان هو الواطئ والمرأة محل ، ذكرهما رفعاً لهذا الإشكال الذى أوقع جماعة من العلماء حتى قالوا لاكفارة على المرأة فى الوطء فى رمضان ، لأنه قال : جامعت أهلى فى رمضان . فقال النبى صلى الله عليه وسلم « كَفِّرْ » والمرأة ليست بمجامعة ولا واطئة فالمرأة تتصف بالوطء فكيف بالجماع الذى هو مفاعله ، هذا ما لا يخفى على لبيب[2] » .

وعند أبى حنيفة لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية فى غير قبلها .

وقال بعكس ذلك أبو يوسف ومحمد والشافعى فهو كالزنا عندهم وتفصيل ذلك :

ولو باشر الرجل المرأة فاستمتع بها فيما دون الفرج فلا حد عليه ، لما روى أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى لقيت امرأة فأصبت منها كل شىء إلا الجماع ، فأنزل إليه تعالى « أقم الصلاة ... » الآية ، فقال الرجل إلىّ هذه الآية ؟ قال « لمن عمل بها من أمتى » رواه النسائى — ولو وجد رجل وامرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم

(١) انظر ص ١١٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٨٤ لابن العربى جزء ٢ وانظر تفصيل الموضوع فى ص ١٣٩ فتح القدير جزء ٤ .

هل وطئها أو لا فلا حد عليهما، فإن قالا نحن زوجان واتفقا على ذلك فالقول قولهما ، وبه قال حماد والشافعى وأصحاب الرأى ، وإن شهد عليهما بالزنا فقالا نحن زوجان فعليهما الحد إن لم تكن بينة بالنكاح وبه قال أبو ثور وابن المنذر، لأن الشهادة بالزنا تنفى كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما ويحتمل أن يسقط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية عنه لأن ما ادعياه يحتمل فيكون ذلك شبهة كما لو شهد عليه بالسرقة فادعى أن المسروق ملكه(١).

اللواط :

قال تعالى : « ولوطاً إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد العالمين » .

وقال الرسول « لعن الله من عمل عمل قوم لوط » .

ويرى أبو حنيفة أنه لا يجب فيه حد الزنا لأنه ليس بمحل الوطء فى شبه غير الفرج . وفيه التعزير ويسجن حتى يموت أو يتوب . ولو اعتاد اللواط قتله الإمام سياسة لا حداً .

وقول مشهور للشـــافعى ورواية عن أحمد وابن عباس والزهرى وربيعة ومالك والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور — أن فيه الحد(٢).

وفى حد اللواط قولان :

١ ــ قول، إنه يجب فيه ما يجب فى الزنا، فإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب، وإن كان محصناً وجب عليه الرجم، لما روى أبو موسى الأشعرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا .

---

(١) انظر ص ١٦٢ جزء ١٠ المغنى .

(٢) انظر ص ٦٦ حاشية الشرنبلالية جزء ٢ (قوله أو أتى فى دبر : شامل دبر زوجته) .

٢ ـ والقول الثانى أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به »، ولأن تحريمه أغلظ فكان حده أغلظ .

وكيف يقتل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل فى الخبر فانصرف إطلاقه إلى القتل بالسيف[١].

والثانى : أنه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا . ومن هذا الرأى أحمد[٢] ومالك[٣] والليث .

الخنثى :

جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير :

---

(١) انظر ص ٢٦٨ المهذب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٦٢ المغنى جزء ١٠ ، وانظر ص ٢٤٨ الأحكام السلطانية لأبى يعلى الفراء .

(٣) انظر ص ١٣٥ الذخيرة جزء ٨ وانظر المدونة : ص ١٣ جزء ١٦ :

قلت أرأيت من أتى امرأة فى دبرها وليست له بامرأة ولا بملك يمين أيحد فى قول مالك حد الزنا ؟ (قال) نعم يحد حد الزنا لأن مالكاً قال هو وطء – قلت : أرأيت إن فعل ذلك رجل بصبى أو بكبير ما حدهم ؟ قال : قال مالك : من فعل ذلك بصبى رجم ولا يرجم الصبى وإن فعل ذلك كبير بكبير رجما أحصنا أو لم يحصنا (وانظر الرأى الآخر فى ص ٣٤ البدائع جزء ٧) :

« الوطء فى الدبر فى الأنثى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبى حنيفة وإن كان حراماً لعدم الوطء فى القبل فلم يكن زنا وعندهما والشافعى يوجب الحد وهو الرجم إن كان محصناً والجلد إن كان غير محصن لا لأنه زنا بل لأنه فى معنى الزنا لمشاركة الزنا فى المعنى المستدعى لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التمحض فكان فى معنى الزنا فورود النص بإيجاب الحد هناك يكون وروداً ههنا دلالة ولأبى حنيفة ما ذكرنا أن اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا أن الزنا اسم للوطء فى قبل وقد اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى حد هذا الفعل ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى لأن موجب الزنا كان معلوماً لهم بالنص فثبت أنه ليس بزنا ولا فى معنى الزنا أيضاً لما فى الزنا من اشتباه الأنساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك فى هذا الفعل . إنما فيه تضييع الماء المهين الذى يباح مثله بالعزل وكذا ليس فى معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر . فاختلاف الصحابة يستوجب التعزير فى هذا الفعل » .

لا حد على واطئ الخنثى فى قبله لأنه كثقبه، فإن وطئ فى دبره فالظاهر أنه يقدر أنثى فيكون فيه الجلد كإتيان أجنبية بدبر . ولا يعتبر ذكراً ملوطا به . بحيث يكون فيه الرجم « عند من يقول بذلك » ولا حد عليه إن وطئ هو غيره للشبهة ، إذ ليس ذكراً محققاً إلا أن يمنى فلا إشكال[1].

المساحقة :

وهو أن تأتى المرأة المرأة .

روى أبو موسى الأشعرى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ويجب فيه التعزير دون الحد لأنها مباشرة من غير إيلاج فوجب بها التعزير دون الحد ، كمباشرة الرجل المرأة فيما دون الفرج[2] فلا حد عليه .

وطء البهيمة :

إذا وطئ رجل بهيمة أو إن مكنت المرأة قرداً منها ففى الموضوع روايتان :

١ ـ رواية عن أحمد وابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي[3] ومالك والثورى وأصحاب الرأى . وقول للشافعي ـ أن فى ذلك التعزير ولا حد فيه[4] .

---

(١) انظر ص ٢٧٨ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ٢٦٩ المهذب جزء ٢ وانظر ص ١٣٦ من الذخيرة جزء ٨ للقرافى المالكى .

(٣) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعى الكوفى الفقيه . روى عن مسروق وعلقمة وشريح وغيرهم . وهو شيخ حماد بن أبى سليمان شيخ أبى حنيفة قال الشعبى : ما ترك أحداً أعلم منه قيل : ولا الحسن وابن سيرين ؟ قال : ولا الحسن وابن سيرين . وعن مذهبه تفرع مذهب الحنفية . مات وهو مختف عن الحجاج بن يوسف سنة ٩٦ هـ .

(٤) انظر ص ٣٤ من بدائع الصنائع جزء ٧ ، وانظر ص ١٥٠ فتح القدير جزء ٤ .

٢ – رواية أخرى عن أحمد أن حده حد اللواط . وقال الحسن حده حد الزانى(١).

ورد فى الدرر الحكام :

إن كانت البهيمة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق بالنار ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت لغيره لأنها قتلت لأجله، والإحراق ليس بواجب وإنما يفعل لئلا يعير الرجل بها إن كانت باقية فيقطع التحدث به . وإن كانت مما يؤكل تذبح وتؤكل عند أبى حنيفة .

وطء الميتة :

وإن وطئ الميتة ، ففيه وجهان :

١ – أحدهما عليه الحد وهو قول الأوزاعى لأنه وطء فى فرج آدمية فأشبه وطء الحية ولأنه أعظم ذنباً وأكثر إثماً لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة(٢).

٢ – والثانى لا حد عليه وهو قول الحسن . قال أبو بكر : وبهذا أقول لأن الوطء فى الميتة كلا وطء لأنه عضو مستهلك ولأنه لا يشتهى مثلها وتعافها النفس فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها والحد إنما وجب زجراً .

وفى هذا يجب التعزير(٣).

---

(١) انظر ص ١٦٣ المغنى جزء ١٠ وص ١٣ من المدونة جزء ١٦ .

« قلت أرأيت الرجل يأتى البهيمة ما يصنع به فى قول مالك . قال أرى فيه النكال ولا أرى فيه الحد ، قلت فهل تحرق البهيمة فى قول مالك . قال لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أرى أن تحرق » .

وانظر ص ١١٥ من الذخيرة للقرافى المالكى « ولا يحد بالبهيمة عند ابن القاسم لتعذر قياسها على الآدمية لقيام الفارق » . وانظر ص ٣٢٤ جزء ٣ الجصاص .

(٢) انظر ص ١٢٠ الذخيرة الجزء الثامن « ويحد الحى بالميتة » .

(٣) انظر ص ١٥٢ المغنى جزء ١٠ ، ٢٦٩ المهذب جزء ٢ ، ٣٤ البدائع جزء ٧ ، ١١٥ الذخيرة الثامن .

وإن أدخلت المرأة ذكر ميت غير زوجها فلا تحد لعدم اللذة كالصبي[1]

وطء النائمة :

بالنوم ترتفع المسئولية : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . رفع القلم عن ثلاثة . . ذكر منهم النائم ، ولذلك فإن النائم لا يسأل عن أفعاله ولا عن تصرفاته .

فإذا زنى رجل بنائمة فالحد عليه لا عليها — أما إذا كانت متناومة فالحد عليها أيضاً .

وإذا استدخلت امرأة ذكر نائم فى فرجها فلا حد عليه والحد عليها[2].

الركن الثـــانى — **الزانى والزانية :**

نتكلم فى هذا الركن فى أمور :

أولا : شروط فى الزانى أو الزانية لوجوب العقاب .

ثانياً : المرأة المستأجرة .

ثالثاً : الزنا الذى لا حد فيه .

أولا — الشروط الواجب توافرها لتوقيع العقاب :

من أقوال الفقهاء نستخلص الأمور الآتية لكى يجب الحد .

١ — الحرية :

فيلزم أن يكون الجانى حراً غير رقيق . قال الله تعالى « فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » .

فالعقوبة تتنصف إذا كان الجانى رقيقاً .

---

(١) انظر ص ٢٧٩ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، هامش ٩٠ من هذا الكتاب .

(٢) انظر ص ١١٥ الذخيرة جزء ٨ : وإن زنى بنائمة حد ولها الصداق .

والأمة لا تحصن الرجل . فلو كانت المرأة أمة فدخل بها زوجها ثم أعتقها المولى فما لم يدخل بها زوجها بعد العتق لا يكمل إحصانه(١).

٢ ـ العقـــل :

فهو شرط لوجوب العقوبة . فالمجنون لا يخاطب بالشريعة لفقدان عقله أو نقصانه .

قال الرسول « عندما أقر ماعز بالزنا : أمجنون هو ؟ قالوا : ليس به بأس » .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أقر عنده : « أبك جنون ؟ » وروى أبو داود بإسناده قال : « أتى عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها أناساً فأمر بها عمر أن ترجم فمر بها على بن أبى طالب رضى الله عنه فقال : ما شأن هذه ؟ قالوا : مجنونة آل فلان زنت فأمر بها عمر ان ترجم، فقال أرجعوا بها ثم أتاه فقال يا أمير المؤمنين أما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم . قال : بلى . قال : فما بال هذه ؟ قال : لا شيء . قال فأرسلها . قال : فجعل عمر يكبر(٢) » .

٣ ـ البلوغ :

فهو شرط لوجوب العقوبة لما روى عن سيدنا على بن أبى طالب . فالاحتلام هو فيصل البلوغ(٣). ونبحث بعض فروض اختلف فيها الفقهاء .

---

(١) انظر ص ١٧٢ الزيلعى جزء ٣ حاشية الشلبى على الزيلعى .

(٢) انظر ص ١٤٦ من الذخيرة للقرافى « وإن كان أحدهما مجنوناً تحصن العاقل خاصة قاله مالك وابن القاسم . وقال أشهب المعتبر الزوج إن كان عاقلا فيحصن هو وهى أيضاً إن زنت فى إفاقتها أو مجنوناً لم يتحصنا معاً . وقال عبد الملك : إن صح العقد منهما أو من وليهما تحصنا معاً »

(٣) انظر المرجع السابق « قال اللخمى . ومتى كان الزوج وحده غير بالغ لم يكن واحد منهما محصناً أما إذا كانت هى غير بالغة وحدها كان الزوج محصناً دونها لأن مقصود الوطء يحصل من الصغيرة له ولا يحصل للمرأة من الصغير » .

١ ـ إذا زنى الصبى أو المجنون بامرأة مكلفة لا يجب عليها الحد عند أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف .

وحجتهم فى ذلك أن وجوب الحد على المرأة فى باب الزنا ليس لكونها زانية لأن فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لأنها موطوءة وليست بواطئة وتسميتها فى الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة . وإنما وجب عليها لكونها مزنياً بها وفعل الصبى والمجنون ليس بزنا فلا تكون هى مزنياً بها فلا يجب عليها الحد . وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبية أو المجنونة مزنياً بها إلا أن الحد لم يجب عليها لعدم الأهلية . والأهلية ثابتة فى جانب الرجل فيجب[١] .

ويرى زفر والشافعى أن عليها الحد .

وحجتهم فى ذلك أنها زانية لأن الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالى عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك فكان زنا . والزنا منها متصور . فالمانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ إذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وإن كان لا يجب عليها[٢].

٢ ـ إذا زنى الرجل البالغ العاقل بصبية أو مجنونة فيرى الجمهور أن الحد على الرجل . ويفرق البعض فيما إذا كانت الصغيرة ممن يمكن وطؤها فوطؤها زنا يوجب الحد وإن كانت ممن لا تصلح للوطء ففيها وجهان:

(أ) لا يجب على واطئ من لم تبلغ تسع سنين الحد لأنها لا يشتهى مثلها فأشبه ما لو أدخل أصبعه فى فرجها : وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبى لم يبلغ عشراً لا حد عليها .

(ب) متى أمكن وطؤها . أو إن أمكنت المرأة من أمكنه الوطء فوطئها أن الحد يجب على المكلف منهما، ولا يجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر، وكون التسع وقتاً لإمكان الاستمتاع غالباً لا يمنع وجوده

---

(١) انظر ص ١٨٣ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

قبله، كما أن البلوغ يوجد فى خمسة عشر عاماً غالباً ولم يمنع من وجوده قبله[1].

٤ ـ الإسلام :

هل يشترط لكى تجب العقوبة أن يكون الجانى مسلماً ؟

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : من أشرك بالله فليس بمحصن . فالمسلم يتزوج المسلمة فتحصنه . والكافرة لا تحصنه . ولهذا قال عمر لحذيفة حين أراد أن يتزوج اليهودية : دعها فإنها لا تحصنك[2].

وبذلك قال الحنفية :

وقال مالك كقوله إلا أن الذمية تحصن المسلم[3].

وقال الحنابلة والشافعى وأبو يوسف[4] والثورى : إن الإسلام ليس بشرط لوجوب العقوبة بدليل أن الرسول رجم يهوديين زنيا[5] وذلك كان أول رجم فى الإسلام[6].

---

(١) انظر ص ١٥٢ المغنى جزء ١٠ ، وانظر ص ١١٥ الذخيرة جزء ٨ .
« ومن أنبت جرى عليه حكم الرجال . وفى المدونة إذا كان مثلها يوطأ وإلا فلا وقال ابن القاسم يحد وإن كانت بنت خمس سنين . وفى كتاب الرضاع يحد بالميتة لأنها آدمية محرمة الوطء . وفى الزاهى لا يحد لأنها لا تشتهى غالباً » .

(٢) انظر ص ٣٨ البدائع جزء ٢٧ ص ٣٥ البدائع ، ١٣٢ فتح القدير جزء ٤ وانظر ص ٣١٨ جزء ٣ أحكام القرآن الجصاص .

(٣) انظر ص ١١٥ ، ١٤٦ الذخيرة جزء ٨ .

(٤) انظر ص ١٦٣ الخراج ومع ذلك فقد ورد فى كتاب الخراج : « وأحسن ما سمعنا فى ذلك والله أعلم أن الحر المسلم لا يكون محصناً إلا بامرأة مسلمة حرة وإذا كانت تحته امرأة من أهل الكتاب فهو محصن لها وليست بمحصنة له » .

(٥) انظر المهذب جزء ٢ ص ٢٦٧ ، ١٦٣ الشرح الكبير على المغنى جزء ١٠ . وانظر تفصيل المسألة فى الذخيرة للقرافى جزء ٨ ص ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ . وانظر ص ١١٥ .
وعند مالك لا يحد المسيحى ويرد إلى أهل دينه ويعاقب بالتعزير إن أعلن الزنا .
فإن كان الزوج مسلماً وهى نصرانية يحصن دونها .

(٦) انظر ص ١١٠ السياسة الشرعية لابن تيمية .

ويرد الحنفية على ذلك بالقول : إنما رجم رسول الله اليهوديين بحكم التوراة بدليل أنه راجعهما فلما تبين له أن ذلك حكم الله تعالى عليهم أقامه فيهم.

ويقرر الطرف الآخر رداً على ذلك أنه حكم عليهم بما أنزل الله بدليل قوله تعالى «وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً».

ولأنه لا يسوغ للنبي صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته. ولو ساغ ذلك له ساغ لغيره. وإنما راجع التوراة ليعرفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم، وأنهم تاركون شريعتهم مخالفون لحكمهم. وحكم الله فى وجوب الرجم إن كان ثابتاً فى حقهم يجب أن يحكم به عليهم فقد ثبت وجود الإحصان فيهم فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الإحصان فيه، وإن منعوا ثبوت الحكم فى حقهم فلم حكم به النبي ؟

زنا الحربى المستأمن :

وهو الأجنبي الذى دخل ديارنا بأمان ، وفيه اختلف الفقهاء إلى أقوال :

١ – إذا زنى الحربى المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد دون الحربى فى قول أبى حنيفة .

٢ – ولأبى يوسف رأيان :

(ا) قال أولا : لا حد على واحد منهما .

(ب) ثم رجع عن ذلك وقال : عليهما الحد جميعاً .

٣ – وقال محمد بقول أبى يوسف الأول وهو أنه لا حد على واحد منهما وإن زنى المسلم أو الذمى بالحربية المستأمنة حد الرجل فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وفى قول أبى يوسف يحدان جميعاً .

وتأصيل المسألة، أنه عند أبى حنيفة لا يجب على الحربى حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد الزنا .

وعند أبي يوسف يجب عليه كل الحدود سوى حد الشرب لأنه يعتقد حله وذلك لأن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دار الإسلام فى المعاملات والسياسة ، كما أن الذمى التزمها مدة عمره . ولهذا يحد للقذف أيضاً ويقتل قصاصاً .

وعند أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل ديارنا للبقاء ، بل لحاجة يقضيها ويرجع علينا أن نمكنه من الرجوع[1].

وعند محمد أن المسلم أو الذمى إذا زنى بمستأمنة يجب الحـــد عنده على الفـــاعل .

والمسلمة أو الذمية إذا زنت بمستأمن لا يجب الحد عنده عليها . فالأصل عنده : الزنا فعل الرجل ؛ والمرأة تبع لكونها محلا فامتناع الحد فى حق الأصل يوجب امتناعه فى التبع بخلاف امتناعه فى التبع لا يوجب امتناعه فى حق الأصل .

وعند أبي حنيفة أن فعل المستأمن زنا لكونه مخاطباً بالمحرمات . وصار كما لو مكنت مسلماً فهرب تحد هى لأن المانع خصه وتبعيتها فى الفعل لا فى حكمه بخلاف تمكينها صبياً أو مجنوناً لأنهما لم يخاطبا .

٥ ـ أن توجد الأهلية والكمال فى الزانى والزانية حال الوطء فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة :

وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه وعطاء والحسن وابن سيرين والنخعى وقتادة والثورى وإسحق والحنابلة .

وقال مالك،إذا كان أحدهما كاملا صار محصناً إلا الصبى إذا وطىء الكبيرة لم يحصنها .

---

(١) ص ١٥٥ فتح القدير جزء ٤ . انظر ص ١٧٠ جزء ٧ الأم : عن وكيع عن سفيان الثورى عن سماك عن قابوس بن المخارق أن محمد بن أبي بكر كتب إلى على يسأله عن مسلم زنى بنصرانية فكتب إليه أن أقم الحد على المسلم وادفع بالنصرانية إلى أهل دينها .

واختلف عن الشافعى فقيل له قولان : أحدهما كقول أبى حنيفة .

والثانى : أن الكامل يصير محصناً دون الآخر، فإذا وطئ الصبى الحر الصغير الكبيرة صارت محصنة دونه، كما أنه لا يجب على الصغير الحد ويجب على الكبير[1].

وقد جاء فى المهذب للشيرازى .

وإن كان أحد الشريكين فى الوطء صغيراً والآخر بالغاً ، أو أحدهما مستيقظاً والآخر نائماً، أو أحدهما عاقلا والآخر مجنوناً، أو أحدهما عالماً بالتحريم والآخر جاهلا، أو أحدهما مختاراً والآخر مستكرهاً، أو أحدهما مسلماً والآخر مستأمناً — وجب الحد على من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد على أحدهما وسقط عن الآخر .

وإن كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم وعلى غير المحصن الجلد والتغريب، لأن أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب . وإن أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب على المقر الحد، لما روى سهل بن سعد الساعدى أن رجلا أقر أنه زنى بامرأة فبعث النبي صلى الله عليه وسلم فجحدت فحد الرجل . وروى أبو هريرة رضى الله عنه وزيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة[2].

---

(١) انظر ص ١٨١ الشرح الكبير على المغنى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ٢٦٨ المهذب جزء ٢ .

الإحصان :

لكى يجب الرجم يجب أن يكون الجانى محصناً(1). والإحصان فى اللغة عبارة عن الدخول فى الحصن . يقال أحصن أى دخل الحصن كما يقال أعرق أى دخل العراق . وأشأم أى دخل الشام . ومعناه دخل حصناً عن الزنا . وإنما يصير الإنسان داخلا فى الحصن عن الزنا عند توافر الموانع وأهمها النكاح الصحيح . قال الرسول عليه السلام : « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » . ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطئ فى نكاح صحيح . واختلف أصحاب أبى حنيفة هل يكون من شرط أن يكون الوطء بعد كماله بالبلوغ والعقل والحرية أم لا ؟

فمنهم من قال ليس من شرط أن يكون الوطء بعد الكمال، فلو وطىء وهو صغير أو مجنون أو مملوك ثم كمل فزنى رجم، لأنه وطء أبيح للزواج الأول فثبت به الإحصان كما لو وطئ بعد الكمال . ولأن النكاح يجوز أن يكون له قبل الكمال فكذلك الوطء .

ومنهم من شرط أن يكون الوطء بعد الكمال . فإن وطىء فى حال الصغر أو الجنون أو الرق ثم كمل وزنى لم يرجم وهو ظاهر النص(2).

---

(1) وشروط الاحصان سبعة : الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنكاح الصحيح والدخول فيه والإحصان حالة الدخول فيه ، انظر ص ١٧٢ جزء ٣ الزيلعى : وقال الإتقانى وأما الإسلام فإنه شرط الإحصان فى ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعاً وروى عن أبى يوسف أن الإسلام ليس بشرط وهو قول الشافعى ، وثمرة الخلاف أن الذمى الثيب الحر إذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم وعندهما يرجم .

وانظر فى الشهادة على الإحصان المبسوط جزء ٩ ص ٤٢ وابن عابدين ص ٢٤٩ جزء ٣ .

وانظر تفصيل معنى الإحصان فى القرطبى جزء ٥ ص ١٢٠ .

(2) انظر ص ٣٨ بدائع الصنائع جزء ٢٧ انظر ص ١١١ فتح القدير .

« وكون كل واحد من الزوجين مساوياً للآخر فى شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح فهو شرط خلافاً للشافعى . حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة =

ويجب أن يعلم أن حصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الإحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الإحصان حتى لو تزوج فى عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقى مجرداً وزنى يجب عليه الرجم[1].

قال الشاعر :

شروط إحصان أتت ستة ... فخذها من النظم مستفهماً
بلوغ وعقل وحرية ... ورابعها كونه مسلماً
وعقد صحيح ووطء مباح ... متى اختل شرط فلن يرجما[2]

قال ابن عابدين :

وزيد عليها عندنا كونهما بصفة الإحصان وقت الوطء، وعدم الارتداد فصارت ثمانية، ويزاد كون العقد صحيحاً فتصير تسعة، وقد غيرت هذا النظم جامعاً للتسعة فقلت :

شرائط الإحصان تسع أتت ... متى اختل شرط فلا ترجما
بلوغ وعقل وحرية ... ودين وفقد ارتدادهما
ووطء بعقد صحيح لمن ... غدت مثله فى الذى قدما[3]

= أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصناً بهذا الدخول. حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبى ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت . ولو تزوج مسلم ذمية فأسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الإسلام أى يطأها إذا زنى لا يرجم وكذا لو اعتقت الأمة التى هى زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ، ما لم يطأها بعد الإعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهى صغيرة وكذلك لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معاً بطل إحصانهما فإذا أسلما لا يعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الإسلام . »

ورد فى الذخيرة جزء ٨ ص ١١٩ : والاحصان يثبت بشهادة شاهدين ولا يقبل فى الإحصان شهادة نساء معهن رجل .

(١) انظر ص ٦٣ جزء ٢ الدرر الحكام ، وص ٣٩ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ٣٩٤ جزء ٢ حاشية شرح تنوير الأبصار .

(٣) انظر ص ٢٣١ جزء ٣ ابن عابدين .

٦ ـ أن يكون الجانى مختاراً :

من شرط توقيع العقاب أن يكون الجانى مختاراً فلو كان مكرهاً فقد أفاض فى ذلك الفقهاء :

١ ـ قول لأبى حنيفة وزفر أنه يجب الحد لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الاختيار والطواعية فلا يسقط الحد .

٢ ـ ثم عاد أبو حنيفة فى قوله وقال لا يحد لأنه شرع للزجر وهو ينزجر، وإنما أقدم عليه ليدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمرأة . وانتشار الآلة لا يدل على الاختيار لأنه قد يكون طبعاً كما يكون طوعاً، ألا ترى أن النائم قد تنتشر آلته وإن لم يكن له قصد واختيار(١)؟

كل ذلك فيمن أكرهه السلطان .

وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبى حنيفة وبعض الحنابلة ، ولا يحد عند أبى يوسف ومحمد لتحقق الإكراه من غيره لأن المعتبر خوف الهلاك وذلك لا يختلف بين السلطان وبين غيره ، بل فى غير السلطان أظهر لأنه يكون على عجلة خوفاً على نفسه من أولى الأمر فيستعجل قبل ظهور الأمر .

ومن هذا الرأى الشافعى وابن المنذر وصاحب المغنى(٢).

وحجة أبى حنيفة أن الإكراه من غير السلطان لا يدوم إلا نادراً لأن المبتلى به يستغيث بالسلطان أو بجماعة من المسلمين أو يدفعه عن نفسه بالسلاح أو بالحيلة(٣).

أما إذا أكرهت المرأة على الزنا فلا تحد لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنها مسلوبة الاختيار فلم يجب عليها الحد ، وقال بهذا جميع الفقهاء(٤).

---

(١) انظر ص ١٨٤ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٤ البدائع ٧ ، ١٥٩ المغنى جزء ١٠ .

(٣) ص ٢٨٤ الزيلعى جزء ٣ ، ٢٦٧ المهذب جزء ٢ .

(٤) ص ١٥١ المغنى جزء ١٠ ، وانظر ص ٣١٨ جزء ٣ الجصاص .

الزنا فى حالة السكر :

على السكران حد الزنا إن فعل ذلك فى سكره لأنه تسبب فى السكر بنفسه، وقد يقال إن الحد لا يجب لأنه غير عاقل فى سكره فيكون ذلك شبهة فى درء ما يندرىء بالشبهات ، ولأن طلاقه لا يقع فى رواية فأشبه النائم .

والرأى الأول أسلم لأن إسقاط الحد عنه يفضى إلى أن من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر وفعل ما أراد فلا يلزمه شيء[1].

* * *

ثانياً – المرأة المستأجرة :

نجد هنا رأياً خطيراً للإمام أبى حنيفة ، ونعرض الأمر فى تفصيل :

إن استأجر الرجل امرأة ليزنى بها فزنى بها اختلف الفقهاء فى وجوب الحد عليه .

١ – قال أبو حنيفة إنه لا يجب عليه الحد . أما لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب عليه الحد، وحجته فى ذلك ما روى أن امرأة طلبت من رجل مالا فأبى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عنها عمر الحد وقال هذا مهرها . ولأن الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » فصار شبهة لأن الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة . ألا ترى أنه لو قال أمهرتك كذا لأزنى بك لم يجب الحد ، فكذا إذا قال استأجرتك أو خذى هذا لأطأك .

٢ – وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : يجب عليه الحد لأنه ليس بينهما ملك ولا شبهة فكان زنا محضاً فيحد . وهذا لأن الاستئجار ليس بطريق لاستباحة الأبضاع شرعاً فكان لغواً، كما لو استأجرها للطبخ أو الخبز ثم زنى بها ، لأن محل الإجارة المنافع لا الأعيان[2].

---

(١) انظر ص ٢٧٨ الدسوق جزء ٤ ، ١٧٠ المغنى جزء ١ .

(٢) انظر بالتفصيل فى هذا الموضوع المراجع الآتية : ص ١٩٤ المغنى جزء ١٠ ، ١٣٧ الذخيرة جـ ٨ ، ٣٦٨ المهذب جـ ٢ ، ١٨٤ الزيلعى جـ ٣ ، ١٧٩ الدسوق جـ ٤ .

وقال محمد بن حزم بعد أن ناقش الحنفية فى قولهم مناقشة قاسية : إن حد الزنا واجب على المستأجر والمستأجرة ، بل جرمهما أعظم من جرم الزانى والزانية بغير استئجار لأنهما زنيا كما زنى غيرهما ولا فرق ، وزاد المستأجر والمستأجرة مع الزنا حراماً آخر وهو أكل المال بالباطل(١).

وفى هذا يقول :

وأما الحنفيون المقلدون لأبى حنيفة فى هذا فمن عجائب الدنيا، وأنى لهذا عملا إذ يرون المهر فى الحلال لا يكون إلا عشرة دراهم لا أقل ويرون الدرهم فأقل « التمر » مهراً فى الحرام إلا أن هذا هو التطريق إلى الزنا وإباحة الفروج المحرمة وعون لإبليس على تسهيل الكبائر، وعلى هذا لا يشاء زان ولا زانية أن يزنيا علانية إلا فعلا هذا وهما فى أمن من الحد بأن يعطيها درهماً يستأجرها به للزنا فقد علموا الفساق الحيلة(٢).

ثالثاً — الزنا الذى لا حد فيه :

هناك زنا لا حد فيه لأنه وطء غير مشروع كالنكاح بدون ولى، ووطء الصبي والمجنون، فإن هذا وإن كان زنا فى اللغة إلا أنه لا يسمى زنا شرعاً(٣).

ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولى ولا شهود ونكاح الأخت فى عدة أختها البائنة ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن — وهذا قول أكثر الفقهاء(٤).

أما من يجامع من يحرم وطؤها لعارض كالحائض والنفساء ونحو ذلك فإن ذلك لا يسمى زناً شرعاً ولا لغة(٥).

(١ ، ٢) المحلى ص ٢٥١ ج ١١ ، وانظر ص ١٤٩ ج ٢ أحكام القرآن للجصاص .

(٣) انظر ص ٢٧٨ الدسوقى جزء ٤ .

(٤) انظر ص ٢٥٥ المغنى جزء ١٠ .

(٥) انظر ص ٣٥ البدائع جزء ٧ .

« وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والمجنونة والموطوءة بشبهة والتى ظاهر منها أو آلى منها لا يوجب الحد . وإن كان حراماً لقيام الملك والنكاح فلم يكن زناً » .

الركن الثالث — القصد الجنائى :

القصد الجنائى فى جريمة الزنا قصد عام؛ فيعتبر الشخص جانياً فى الزنا متى ارتكب الفعل وهو عالم بأنه يجامع شخصاً محرماً عليه بالشروط التى شرحناها ، ويتفق فى هذا الفقهان الغربى والإسلامى .

ولكن البحث يثار فى أمرين :

الأول : أن يزنى الشخص وهو لا يعلم بأن الزنا محرم ، والثانى أن يخطئ الشخص فى زوجته ويجامع أجنبية عنه .

الخطأ فى القانون :

القاعدة العامة أنه لا يعذر أحد بجهله القانون، وقد رأينا فى بحث سابق لنا أن الظاهر فى الفقه الإسلامى أن الجهل بالقانون يصبح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير[1].

وقد ورد فى الزيلعى :

قال الكمال رحمه الله : وبقى شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ، ونقل فى اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء ، ولفظ المحيط : وأما شرطه فالعلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة، وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن فكتب فى ذلك عمر بن الخطاب إنه إن كان يعلم أن الله تعالى حرمه فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، وإن عاد فاجلدوه، لأن الحكم فى الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم ولكن لا أقل من إيراث الشبهة لعدم التبليغ والإسماع للحرمة[2].

وقد ورد فى المهذب للشيرازى :

وإن زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه، فإن كان قد نشأ فيما بين

---

(١) انظر ص ٢١٤ من العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

(٢) انظر ص ١٦٥ الزيلعى جزء ٣

المسلمين لم يقبل قوله لأنا نعلم كذبه، وإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ فى بادية بعيدة من المسلمين، أو كان مجنوناً فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله لأنه يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد[1].

وقد ورد فى المغنى لابن قدامة :

ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا : قال عمر وعثمان وعلى : لا حد إلا على من علمه . وبهذا قاله عامة أهل العلم . فإن ادعى الزانى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناشىء ببادية، قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقاً . وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشىء بين المسلمين وأهل العلم ، لم يقبل، لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه[2].

وورد فى الذخيرة للقرافى :

وأوجب فى الكتاب الحد على الأعجمى وحديث الإسلام والجاهل بالتحريم، وإنما ترك مالك الحديث لأن الزنا اليوم اشتهر بتحريمه بخلاف ذلك الزمان . وأخذ أصبغ بحديث مرغوس ودرأ الحد عن الجاهل للزنا[3].

الخطأ فى الشخص :

وإذا وطىء الشخص امرأة أجنبية وجدت فى فراشه ظاناً أنها زوجته ؛ فقد اختلف فى حكمه الفقهاء .

فقال الشافعية[4]، والحنابلة[5]، والمالكية[6] إنه لا يحد لأنه يحتمل ما يدعيه وفى ذلك شبهة تدرأ الحد .

---

(١) انظر ص ٢٧٦ المهذب جزء ٢ .
(٢) انظر ص ١٥٦ المغنى لابن قدامة جزء ١٠ .
(٣) انظر ص ١١٦ ، ١٢١ الذخيرة للقرافى جزء ٨ مخطوط .
(٤) انظر ص ٢٦٨ المهذب جزء ٢ .
(٥) انظر ص ١٥٥ المغنى جزء ١٠ .
(٦) انظر ص ٢٧٩ الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٤ « حيث يدرأ الحد عن جاهل الغير وجاهل الحكم فالأول يعتقد أنها زوجته ثم تبين له أنها أجنبية وجاهل الحكم من يعتقد حل وطء الأجانب لكونه حديث عهد بالإسلام » .

- وقال الحنفية إنه يحد لذلك، لأنه بعد طول عشرة زوجته لا تشتبه عليه حتى ولو كان أعمى لأن امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة « يعرفها بالجس والنفس والرائحة والصوت » فلا يعذر بترك الفحص، إلا إذا دعاها فأجابته باسم امرأته فلا حد عليه، لأن ظنه استند إلى دليل شرعي وهو الإخبـــار[1].

وقد درأ زفر الحد بالنسبة للأعمى إذ الظاهر أنه لا ينام على فراشه غير امرأته ؛ فكان ظنه مستنداً إلى دليل ظاهر يوجب درء الحد[2].

المبحث الثانى

أدلة الإثبات فى الزنا

فى الفقه الغربى :

نصت المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات على أن «الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخر مكتوبة منه، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم » والنص المقابل فى القانون الفرنسى لا يقبل من الأدلة على الشريك سوى التلبس ووجود مكاتيب أو أوراق أخرى صادرة منه . أما الشارع المصرى فزاد الدليلين الآخرين بناء على طلب مجلس شورى القوانين .

ومن المقرر فقهاً وقضاء أن القانون لم يحدد أدلة الإثبات فى جريمة الزنا إلا بالنسبة لشريك الزوجة الزانية . أما الزوجة نفسها وكذا الزوج وشريكته فلم يشترط القانون بشأنهم أدلة خاصة ، بل ترك الأمر فى ذلك للقواعـــد العامة . فيجوز إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات القانونية[3].

---

(١) انظر ص ١٧٨ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٧ البدائع جزء ٧ ، ١٤٧ فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٠٦ الموسوعة جزء ٤ .

ومع ذلك – يجب حتى فى غير حالة الشريك – أن يراعى ، كما تقول محكمة النقض فى صدد اتهام زوجة بالزنا ، أنه ليس من الجائز فى مثل هذه المواد المخلة بالعرض والشرف أن يقبل القاضى مطلق دليل ولا أن يؤول الوقائع تأويلا فى مصلحة الاتهام ، بل يجب عليه الاعتراف مع القانون بأنها مما يجب فيها التحرج الشديد فى قبول أدلتها وفى استنتاج النتائج من وقائعها أخذاً بتلك القاعدة الحكيمة قاعدة « درء الحدود بالشبهات »[1].

ومن أظهر الأدلة على وقوع الزنا شهادة الشهود على حالة التلبس بالنسبة للشريك، أو شهادتهم بالنسبة للزوجة والزوج وشريكته على أية واقعة يمكن أن يستنتج منها القاضى وقوع الجريمة .

ويجوز للقاضى الجنائى أن يعتبر اعتراف الزوجة أو الزوج دليلا كافياً على الزنا المنسوب إليهما .

ولا يخفى أن الاعتراف فى المواد الجنائية لا يقيد القاضى ولا يمنعه من البحث وراء أدلة أخرى، وهو فى باب الزنا أدعى للريبة، إذ قد يكون الباعث عليه الحصول على حكم بالطلاق[2].

فى الفقه الإسلامى :

وقد فرضت الشريعة للإثبات فى الزنا – وقد وجدت أن العقوبة شديدة جداً – أمراً عسيراً، فإن كان الإثبات بالبينة فشهادة أربعة يشهدون بالرؤية أما إن كان الإثبات بالإقرار فهناك شروط خاصة يلزم توافرها ويجوز فيه العدول ، على التفصيل الآتى :

أولا – الإثبات بالشهادة :

اتفق الفقهاء على أن الزنا يثبت بالشهادة ، وأن العدد المشترط فى الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء »

(١) نقض ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ مجموعة النقض ٢ رقم ١٢٩ ص ١٥٥ .

(٢) انظر ص ١٠٨ الموسوعة جزء ٤ .

و « فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » وقال عليه السلام للذى قذف امرأته: ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحد فى ظهرك .

ويثبت الزنا بعلم الإمام . وقال أبو ثور– ونقل قولا عن الشافعى– إنه يثبت به وهو القياس لأن الحاصل بالبينة والإقرار دون الحاصل بمشاهدة الإمام . ولكن الشريعة أهدرت ذلك بقوله تعالى : « فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون(1) » .

وسنتكلم فى الشهادة فى الأمور الآتية :

١ – يلزم أن يكون الشهود أربعة عدول .

٢ – أن تكون بمعاينة فرجه فى فرجها .

٣ – أن تكون صريحة على الفعل نفسه لا بالكناية .

٤ – أن لا تختلف فى زمان ولا مكان .

٥ – أن لا تكون قد مضت عليها مدة التقادم .

أولا – الشهود أربعة :

يلزم أن يكون الشهود على الزنا أربعة، وذلك لقوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » وقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » .

فإن شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل .

وقال الحنفية : يحدون حد القذف .

وقال الشافعى: إذا جاءوا مجىء الشهود لم يحدوا . لأن قصدهم إقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف .

فإذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهما فى لحاف واحد ولم يزد على ذلك يحد الثلاثة عند الحنفية ولا حد على الرابع لأنه لم يقذف، إلا إذا كان قد قال فى بداية الشهادة إنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكر فحينئذ يحد .

---

(١) انظر حاشية الشلبى على الزيلعى ص ١٦٤ جزء ٣ .
وانظر ص ٢٠٧ من مؤلفنا نظرية الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى الطبعة الثانية .

وحجتهم ما رووا أن ثلاثة شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا .. فقام الرابع وقال : رأيت أقداماً بادية ونفساً عالياً وأمراً منكراً ولا أعلم ما وراء ذلك فقال عمر رضى الله عنه : الحمد لله الذى لم يفضح رجلا من أصحاب الرسول وحد الثلاثة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة . ولم ينكره أحد فيكون إجماعاً(١).

ويجوز أن يكون الزوج من الشهود عند الحنفية والحسن البصرى والشعبي والأوزاعى فى أحد قوليه خلافاً للشافعى ومالك والأوزاعى فى قوله الآخر ، فهم يقولون : هو متهم فلا تقبل شهادته(٢).

ويرى ابن حزم والظاهرية أن الحكم فى هذا الأمر على ثلاثة وجوه :

١ ــ إذا كان الزوج قاذفاً فلا بد من أربعة شهود سواه وإلا حد، ويلاعن .

٢ ــ إذا كان الزوج غير قاذف ولكنه جاء شاهداً فإن كان عدلا ومعه ثلاثة عدول فهى شهادة تامة وعلى المشهود عليها حد الزنا كاملا .

٣ ــ وإذا كان الزوج غير عدل، أو كان عدلا وكان فى الذين معه غير عدل، أو لم يتم ثلاثة سواه والشهادة لم تتم، فلا حد على الشهود وليس الشهود قذفة فلا حد عليهم ولا حد على الزوج ولا لعاناً لأنه ليس قاذفاً(٣).

وقد ذكر الفقيه الخرقى(٤) الحنبلى فى شهود الزنا سبعة شروط :

١ ــ أن يكونوا أربعة . قال سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟

---

(١) انظر ص ٤٨ البدائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ١١٤ فتح القدير جزء ٤ ، ص ١٦٥ جزء ٣ الزيلعى .

(٣) انظر ص ٢٦٣ المحلى لابن حزم جزء ١١ .

(٤) هو عمر بن الحسين المعروف بأبى القاسم الخرقى ، تلقى عن صالح وعبدالله ابنى الإمام أحمد وعن غيرهما من تلاميذه نبغ فى فقه الإمام حتى ألف فيه عدة كتب أشهرها مختصره الذى شرحه ابن قدامة وسماه بالمغنى . وكان يقيم ببغداد ولما وجد الخلافات المذهبية بين الشيعة وسواهم جرت إلى النيل من الصحابة رحل عنها إلى دمشق وكانت وفاته بها سنة ٣٢٤ هـ . (انظر ابن خلكان جزء ١ ص ٣٧٩) .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « نعم » رواه مالك فى الموطأ وأبو داود فى سننه[1].

٢ ـ أن يكونوا رجالا كلهم . فلا تقبل فيه شهادة النساء،ولا نعلم فيه

---

(١) وإذا لم يكمل الشهود أربعة فعليهم الحد فى قول الجمهور ومنهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى وذكر ابن الخطاب فيهم روايتين ، وحكى عن الشافعى فيهم قولان « أحدهما لا حد عليهم لأنهم شهود فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة أحدهم فاسق » . ويرى الحنابلة رأى الجمهور انظر ص ١٨٠ المغنى جزء ١٠ ، وانظر ص ١٨٠ المحلى جزء ١١ ، وانظر ص ٢١٦ الماوردى وانظر ص ١٢٢ الذخيرة (فى الكتاب شروط الشهادة فى الزنا أن يشهد أربعة فى وقت واحد على وطء واحد فى موضوع واحد بصفة واحدة لأنهم مأمورون بالستر فحيث خالفوا شدد عليهم ولأن الزنا فعلان فاحتاج كل منهما إلى شاهدين ويسألهم الإمام فان وصف ثلاثة وقال الرابع رأيته بين فخذيها حد الثلاثة للقذف وعوقب الرابع وإن لم يصفوا حدوا للقذف دون المشهود عليه) .

(حكمة اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر المندوب إليه واقتصر عليه لنفى قول من قال إن حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج إلى اثنين فلزمت الأربعة . أما أن فيه تحقيق معنى الستر فلأن الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده إذا توقف على أربعة وليس لوجوده إذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء) .

وانظر ص ١٦٤ جزء ٣ حاشية الشلبى مع الزيلعى « قوله ولأن الله تعالى يحب الستر على عباده . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة رواه الترمذى . قال الكمال : إذا كان الستر مندوباً ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التى مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك وهكذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما امتحن به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصى والفواحش بالخطب المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فإذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته باخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها . فمن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مراراً متستراً متخوفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد .

وانظر ص ٢٦٠ المحلى : ويرى ابن حزم والظاهرية أنه لا يجب على الشهود أى حد سواء كان واحداً أو اثنين أو ثلاثة لأن الحد هو على القاذف الرامى لا على الشاهد وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا من شهركم هذا ، فبشرة الشاهد حرام ولم يأت نص قرآن ولا سنة صحيحة بجلد الشاهد فى الزنا . وقد فرق القرآن والسنة بين الشاهد من البينة وبين القاذف الرامى .

خلافاً إلا ما روى عن عطاء وحماد أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان، والجمهور أن هذا شذوذ لا يعول عليه لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكرين ويقتضى أن يكتفى فيه بأربعة ولا خلاف فى أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم[1].

٣ ـ الحرية : فلا تقبل فيه شهادة العبيد، ولا يعلم فيه خلافاً إلا رواية حكيت عن أحمد أن شهادتهم تقبل، وهو قول أبى ثور لعموم النص فيه ولأنه عدل ذكر مسلم فتقبل شهادته كالحر .

و « للحنابلة » أنه مختلف فى شهادته فى سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته فى الحد لأنه يندرىء بالشبهات .

٤ ـ العدالة : ولا خلاف فى اشتراطها، فلا تقبل شهادة الفاسق ولا من لا تعلم عدالته لجواز أن يكون فاسقاً[2].

---

(١) وانظر ص ١١٤ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ١٦٤ الخراج « قال : وحدثنا الحجاج عن الزهرى قال : مضت السنة من لدن رسول الله والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء فى الحدود » .

وانظر ص ٢٩٢ الحلى للشيعى « ولا يكفى فى البينة أقل من أربعة رجال ، أو ثلاثة وامرأتين ولو شهد رجلان وأربع نساء يثبت بهم الجلد لا الرجم ولا تقبل شهادة النساء منفردات ولو شهد ما دون الأربع لم يثبت وحدوا للفرية » .

(٢) فإن كملوا أربعة ولكن لا تتوافر فيهم الشروط كالعبيد والفساق والعميان ففيهم ثلاث روايات :

(ا) عليهم حد القذف وهو قول مالك وأصحاب السنن .

(ب) لا حد عليهم وهو قول الحسن والشعبى وأبو حنيفة ومحمد لأنهم أربعة شهداء فدخلوا فى عموم الآية .

(ج) إن كانوا عمياناً أو بعضهم حدوا . وإن كانوا عبيداً أو فساقاً فلا حد عليهم وهو قول الثورى .

وقال الشافعى وأصحابه : إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والفسق ففيهم قولان وإن كان رد الشهادة لمعنى خفى فلا حد عليهم .

٥ ـ الإسلام : فلا تقبل شهادة أهل الذمة سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمى(١).

٦ ـ الشهادة صريحة بوصف الزنا والفعل نفسه ، بقوله رأيت الذكر فى فرجها كالمرود فى المكحلة والرشاء فى البئر .

٧ ـ الشهادة من الأربع فى مجلس واحد : فإن جاء أربعة متفرقين والحاكم جالس فى مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك وأبو حنيفة .

وقال الشافعى والبتى وابن المنذر لا يشترط ذلك لقوله الله تعالى « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء » ، ولم يذكر المجلس ولأن كل شهادة مقبولة إن اتفقت تقبل إذا افترقت فى مجالس كسائر الشهادات(٢).

ثانياً ـ معاينة فرجه فى فرجها :

وعلى ذلك فيلزم أن يسأل القاضى الشهود عن ذلك فيسألهم عن الزنا ،

---

(١) انظر ص ١٦٤ الخراج .

(٢) انظر ص ١٧٩ المغنى جزء ١٠ .

ولنا أن أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد فحد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع فى مجلس آخر ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم وبهذا فارق سائر الشهادات فلا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ولو جاءوا متفرقين واحداً بعد واحد فى مجلس واحد قبل شهادتهم ، وقال مالك وأبو حنيفة إن جاءوا متفرقين فهم قذفة لأنهم لم يجتمعوا فى مجيئهم فلم تقبل شهادتهم كالذين لم يشهدوا فى مجلس واحد .

ولنا قصة المغيرة فإن الشهود جاءوا واحداً بعد واحد وسمعت شهادتهم وإنما حدوا لعدم كمالها . وفى حديثه أن أبا بكرة قال : أرأيت إن جاء آخر يشهد أكنت ترجمه ؟ قال عمر إى والذى نفسى بيده ولأنهم اجتمعوا فى مجلس واحد فأشبه لو جاءوا مجتمعين ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه . وإذا تفرقوا فى مجالسهم فعليهم الحد لأن من شهد بالزنا ولم يكمل الشهادة يلزمه الحد لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة» وانظر ص ١٩٤ الزيلعى جزء ٣ ، ١١٥ فتح القدير جزء ٤ .

ما هو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا[1] وبمن زنا ، لأنه عساه غير الفعل فى الفرج ، عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراماً زنا، أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا .

فلهذا الاحتمال سأله عن الزنا ما هو ولأنه يحتمل كونه كان مكرهاً ويرى أن الإكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختاراً فيه . كذا يسألهم عن المزنى بها من هى، وقياسه فى الشهادة على زنا المرأة أن يسألهم عن الزانى بها من هو فإن فيه الاحتمال المذكور وهو جواز أن يكون صبياً أو مجنوناً بأن مكنت أحدهما فلا يجب عليها الحد فى قول أبى حنيفة .

ولو قال الشهود تعمدنا النظر فى فرجها قبلت شهادتهم . وقال البعض لا يقبل لإقرارهم على أنفسهم بالفسق لأن النظر إلى عورة الغير عمداً فسق . وإنما تقبل شهادتهم إذا وقع اتفاقاً من غير قصد . ويقول الحنفية إنه يباح النظر ضرورة لأن التعمد فيه للحاجة وهى الشهادة جائز ، كالطبيب والخاتن والقابلة ، والحاجة هنا ثابتة لإقامة الحسبة .

فإن اختلف الشهود فى الثوب الذى كان عليه حالة الزنا يقبل لأن التوفيق ممكن بأن يكون عليه ثياب فيعاين كل فريق غير الذى عاينه الآخر .

---

(١) ومن زنى فى دار الحرب أو فى دار البغى ثم رجع إلى بلاد الإسلام فأقر عند القاضى به لا يقام عليه الحد – وعند الشافعى ومالك يحد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه .

والأصل عند أبى حنيفة ومحمد أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شىء من الحدود أى كحد الزنا والسرقة والشرب إلا حد القذف فإنه يجب حدهما ولكن أبا يوسف يوجب عليه جميع الحدود إلا حد الشرب والحاصل أن حد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق لأنه يراه حلالا . وحد القذف يجب بالاتفاق لأن فيه حق العبد وحق الزنا والسرقة يجب عنده وعندهما ثم إن محمداً رحمه الله فرق بين المسلم أو الذمى إذا زنى بحربية مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية إذا زنت بحربى حيث لا يجب الحد عليهما عنده جميعاً لأن الأصل فى الزنا فعل الذكر والمرأة تبع لكونها محلا فوجب من امتناع الحد على الأصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد على التبع امتناعه على الأصل . (انظر ص ١٨٢ جزء ٣ الشرنبلالية على منلا خسرو) .

أو يحتمل أنه أخذ فى الفعل فى ثوب ثم لبس آخر . وفيه خلاف عن زفر والشافعى، وعلى هذا لو اختلفوا فى لون المزنى بها أو فى طولها وشعرها يقبل . والأصل فى هذا أنه مهما أمكن التوفيق يصار إليه لأن التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب الحد أصلا لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذى يشهد به أصحابه[1].

ولذلك لو شهد أربعة بالزنا على رجل أو امرأة وهم عميان فينبغى للإمام أن يحدهم ولا حد على المشهود عليه[2].

ثالثاً ــ الشهادة صريحة على الفعل نفسه :

يلزم أن تنصب شهادة الشهود أنفسهم على الفعل نفسه . فإذا شهد أربعة على شهادة أربعة على الفعل نفسه لا تقبل شهادتهم وترد للشبهة وهى كافية لدرء الحد لا لإثباته .

فلو شهدوا على زنا امرأة وهى بكر . فلأن الزنا لا يتحقق مع البكارة وظهر كذبهم فلا تحد ــ ولا يحدون لأن عددهم متكامل ــ وإنما سقط الحد عنها بقول النساء إنها بكر وقولهن حجة فى إسقاط الحد لا فى إيجابه وهذا قول الحنفية والشافعى والشعبى والثورى وأبو ثور .

ويرى المالكية أنه إذا ثبت الحد بشهادة الأربعة فلا يسقط الحد عن امرأة بعد الثبوت عليها بشهادة أربع نسوة ببكارتها تقديماً لشهادة الرجال على النساء[3] ولأن شهادة النساء لا مدخل لها فى الحدود فلا تسقط بشهادتهن .

---

(١) انظر ص ١٩٠ الزيلعى جزء ٣ وقد ورد فى الكافى أن التوفيق فى ذلك غير مشروع لأنه احتيال لإيجاب الحد وقد أمرنا بالاحتيال للدرء . انظر ص ١٩٠ جزء ٢ الشرنبلالية .

(٢) انظر ص ١٦٤ الخراج .

(٣) انظر ص ٢٨٣ الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٤ .

وانظر ص ٢٩٥ المحلى إذا شهد أربعة بالزنى قبلا فشهدت أربع نساء بالبكارة فلا حد وفى شهادة الشهود قولان . وانظر ص ٢٤٩ أبو يعلى .

وكذلك إذا شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فإنه لا يحد لظهور كذبهم ولا يحد كذلك الشهود لتكامل عددهم .

رابعاً ـ اتحاد المكان والزمان :

يلزم لكي تجب العقوبة أن تكون الشهادة في مجلس واحد والشهود مجتمعين ، فاتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة ، فإن جاء الشهود متفرقين يشهدون واحداً بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا .

والمسجد كله مجلس واحد فلو جاء الشهود مجتمعين أو متفرقين وجلسوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاءوا واحداً بعد واحد وشهدوا جازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد . وإن كانوا خارج المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضربون الحد(١).

فإذا شهد اثنان أنه زنى في مكان وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدين والدارين والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لأنهم شهدوا بفعلين مختلفين لاختلاف المكانين وليس على أحدهما شهود أربع ولا حد على الشهود عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف والنخعي وأبي ثور . وعند زفر يحدون(٢). وقال بذلك مالك والشافعي(٣).

فإذا اختلفوا في الزمان فشهد اثنان أنه زنى بها في يوم كذا واثنان في يوم آخر فيطبق نفس الحكم السابق(٤).

فإذا اختلفوا في المكان وكان البيت صغيراً حد الرجل والمرأة . ومعنى ذلك أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية خلاف الزاوية الأخرى(٥).

---

(١) انظر ص ٤٨ بدائع الصنائع جزء ٧ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) انظر ص ١٨٣ المغني جزء ١٠ .
(٤) المرجع السابق .
(٥) الزيلعي جزء ٣ .

وإن شهد اثنان أنه زنى بها مكرهة وشهد اثنان أنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها إجماعاً فالشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد، وفى الرجل وجهان :

١ ـ أحدها : لا حد عليه وهو قول الحنابلة وأبى حنيفة وقول للشافعى لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن المطاوعة غير المكرهة .

٢ ـ ثانيها : يجب عليه الحد وهو قول أبى يوسف ومحمد وقول للشافعى لأن الشهادة كملت على الزنا منه واختلافهما إنما هو فى فعلها لا فى فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه .

وفى الشهود ثلاثة أوجه :

١ ـ أحدها : لا حد عليهم .

٢ ـ ثانيها : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم .

٣ ـ ثالثها : يجب الحد على شاهدى المطاوعة لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولا يجب على شاهدى الإكراه لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما انتفى الحد للشبهة وهى تدرأ الحدود[1] .

فإن كملت البينة ثم مات الشهود أو غابوا جاز الحكم بها وإقامة الحد وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرأ الحد[2] .

فإذا شهد الشهود شهادة كاملة يحبس القاضى المشهود عليه بالزنا إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأنه متهم وقد يهرب . ولنا أن هذا الحبس نوع من الحبس الاحتياطى المعروف الآن كما سبق ووضحنا فى بحث سابق[3] .

---

(١) انظر ص ١٨٤ المغنى جزء ١٠ . وورد فى الذخيرة جزء ٨ ص ١٢٦ .
وفى النوادر لو قال اثنان أكرهها وقال اثنان طاوعته حد الشهود دونه لاختلاف الصفة . قاله ابن القاسم : ولا حد على الرجل والمرأة ولا أدب .

(٢) انظر ص ١٨٦ المغنى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ١٩١ من العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

وإن شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة وهى غائبة فإنه يحد وقد أجمع الأئمة الأربعة على ذلك[1].

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لأن الظاهر أنها امرأته ، أو أمته فلو قال المشهود عليه: المرأة التى رأيتموها معى ليست زوجتى ولا أمتى لم يحد أيضاً لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس إقراراً موجباً للحد فلا يحد[2].

خامساً — عدم التقادم :

هل هو شرط فى حد الزنا ؟

الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله تعالى « وأقيموا الشهادة لله » وبين الستر على المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة » فلما لم يشهد عليه فور الوقت حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار الستر . فإذا شهد بعد ذلك دل على أن الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته .

روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم .

وهذا رأى الحنفية وأحمد بن حنبل[3].

ويرى مالك والأوزاعى والثورى والشافعى وإسحق وأبو ثور وبعض الحنابلة أنه يجب الحد لأنه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمن كسائر الحقوق . والتأخير فى الشهادة يجوز أن يكون لعذر أو غيبة، والحد

---

(١) انظر ص ١٦٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر المرجع السابق .

(٣) انظر ص ٤٨ بدائع الصنائع جزء ٧ ، ١٦٣ فتح القدير جزء ٤ حيث فصل مسألة التقادم ، ١٦٥ الزيلعى جزء ٣ انظر هامش ١١٤ .

لا يسقط بمطلق الاحتمال فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا[1].

ولم يقدر أبو حنيفة مدة معينة للتقادم وفوضه لرأى القاضى على ما هو رأيه فى المقدرات . وقد روى فى المجرد :

قال أبو حنيفة لو سأل القاضى الشهود : متى زنى بها فقالوا : منذ أقل من شهر أقيم الحد، وإن قالوا شهر أو أكثر درئ عنه الحد . وقال أبو العباس الناطفى فقد قدر على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد[2].

الرجوع عن الشهادة :

وإن رجع الشهود عن الشهادة أو رجع واحد منهم ففى المسألة ثلاثة آراء :

الأول : عليهم جميعاً الحد وهو قول أبى حنيفة .

الثانى : يحد الثلاثة فقط دون الراجع وهذا رأى بعض الفقهاء لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ، ولأنه فى درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذى يحصل به مصلحة المشهود عليه وفى إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحد فتفوت تلك المصلحة وتتحقق المفسدة فيناسب ذلك نفى الحد عنه .

والثالث : قول الشافعى بأنه يحد الراجع دون الثلاثة لأنه مقر على نفسه بالكذب فى قذفه[3].

---

(١) انظر ص ١٨٧ المغنى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ١٨٧ حاشية الشلبى على الزيلعى جزء ٣ .

(٣) انظر ص ١٧٢ المغنى جزء ١٠ ، انظر ص ١٤٨ الذخيرة جزء ٨ .

إذا رجع أحد الأربعة الشهود قبل الحد أو وجد عبداً حدوا حد القذف لعدم ثبوت قولهم .

فإن رجع جميعهم بعد الرجم حدوهم باقرارهم بالقذف والدية فى أموالهم لأنهم سبب قتله وإن رجع واحد حد وحده . وإن علم الحد أن أحدهم عبد حدوا لم يحدوا .

وإن وجد بعد الرمى مجبوباً لم يحد الشهود لأنه لا يحد قاذف المجبوب وعليهم الدية فى مالهم والأدب وطول السجن . وإن ظهر قبل رجم المرأة أن أحدهم زوجها جلد الثلاثة ولاعن الزوج =

ولا يقيم الإمام الحد بعلمه روى ذلك عن أبي بكر الصديق وبه قال مالك وأصحاب الرأى وهو أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر له إقامته بعلمه وهو قول أبي ثور لأنه إذا جازت له إقامته بالبينة والاعتراف الذى لا يفيد إلا الظن فيما يفيد العلم أولى[1].

ثانياً — الإثبات بإقرار :

يثبت الزنا بالإقرار عند الإمام ويوجب ذلك الحد، إنما لذلك شروط هامة نذكرها :

١ — العقل : فلا يصح إقرار المجنون فى الزنا . فإن كان يجن مرة ويفيق أخرى فأقر فى إفاقته أنه زنى وهو مفيق أو قامت عليه بينة أنه زنى فى إفاقته فعليه الحد .

وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى[2].

٢ — البلوغ : فلا يصح إقرار الصبي فى الزنا لأن سبب وجوب الحد لا بد وأن يكون جناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية فكان إقراره كعدمه[3].

٣ — الإقرار بالخطاب والعبارة دون الكتابة والإشارة .

حتى أن الأخرس لو كتب الإقرار فى كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة لا حد عليه لأن الشرع علق وجوب الحد بالبيان، ألا ترى أنه لو أقر بالوطء لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بفعل الزنا[4].

= فإن لم يلتعن جلد لأن الزوج خصم لا تقبل شهادته ، فإن علم ذلك بعد رجمها لاعن الزوج فإن نكل حد دون الثلاثة . فإن شهد الشهود عليه وجرح من الجلد ثم ظهر أحدهم عبداً أو محدوداً فى قذف فأرش الجلد هدر عنده خلافاً لهما « للصاحبين » وإذا شهدوا والزانى محصن فرجم ثم ظهر أحدهم عبداً أو نحوه فدية الرجم فى بيت المال .

(١) انظر ص ٤٦ جزء ٩ المبسوط ، ١٩١ جزء ١٠ المغنى .

(٢) انظر ص ٦٨ المغنى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٤٩ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٤) انظر ص ١١٨ فتح القدير جزء ٤ ، ٤٩ البدائع جزء ٧ .

وهذا عند الحنفية ، وعند المالكية والشافعية يحد الأخرس إن فهم من إشارته الزنا[1].

٤ ــ الصحة :

فيجب أن يتأكد القاضى أن المقر فى حال الصحة تتوافر فيه الشروط المطلوبة :

قال الرسول لماعز : « أبك خبل ؟ أبك جنون ؟ » وبعث إلى قومه فسألهم عن حاله . فإذا عرف أنه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه[2] وعن المزنى بها كما ذكرنا فى الشهادة[3].

والذمى يحد بإقراره عند الحنفية خلافاً لمالك ، والعبد يحد بإقراره مأذوناً كان أو محجوراً خلافاً لزفر .

اختلاف الفقهاء فى عدد مرات الإقرار .

١ ــ يرى أبو حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحق[4] وابن أبى ليلى أنه يلزم أربع إقرارات ودليلهم ما فعله ماعز عندما حضر مقراً للنبى صلى الله عليه وسلم[5].

---

(١) انظر ص ١٢٦ الذخيرة جزء ٨ .

(٢) فمن زنى فى دار الحرب أو فى دار البغى ثم رجع إلى بلاد الإسلام فأقر عند القاضى به لا يقام عليه الحد وهذا عند الحنفية. وعند الشافعى ومالك يحد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه ــ وللحنفية قوله عليه الصلاة والسلام ــ لا تقام الحدود فى دار الحرب ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للإمام عليه حال كونه فى دار الحرب فلا وجوب . انظر ص ١٨٢ الزيلعى جزء ٣ ، ٣٤ البدائع جزء ٧ ، ١٥٢ فتح القدير جزء ٤ و ١٣٨ الذخيرة جزء ٨ .

(٣) انظر ص ١٧١ المغنى جزء ١٠ .

(٤) هو اسحق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلى المروزى المعروف بابن راهويه أحد أئمة الدين روى عنه خلق كثير منهم البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى جمع بين التقوى والفقه والحديث والحفظ والصدق . توفى سنة ٢٣٨ هـ عن سبع وسبعين سنة .

(٥) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ ، ١١٥ فتح القدير جزء ٤ ، ١٦٣ الخراج ، ٣٦٦ بداية المجتهد جزء ٢ .

٢ – يرى مالك والشافعى والحسن وداود وحماد بن أبى سليمان وأبو ثور والطبرى أنه يكفى إقرار واحد واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه الرسول « واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يقل أربع مرات وبحديث الغامدية،ومع ذلك فهناك روايات أنها أقرت أربعة . روى البزار فى مسنده عن زكريا بن سليم « حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن ابن أبى بكر عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردها[1] » .

وهل يقر فى أربع مجالس أو أربع مرات فى مجلس واحد ؟

يرى أبو حنيفه أن الاعتبار مجالس المقر . لأنه عليه الصلاة والسلام اعتبر اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد كل مرة ثم يعود ومجلسه عليه الصلاة والسلام لم يتغير .

وروى عن أبى حنيفة فى تفسير اختلاف مجالس المقر : هو أن يقر مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضى ثم يجىء فيقر ثم يذهب هكذا أربع مرات[2] .

ويرى الحنابلة أنه سواء الإقرارات الأربعة فى مجالس متفرقة أو فى مجلس واحد[3] .

والإقرار يصح ولو فى غيبة المزنى بها . فإن ماعزاً رجم فى غيبة شريكته ، بل إنه يصح ولو قال إنه زنى ولا يعرف من هى المزنى بها فإقراره يلزمه[4] . وإن أقر أنه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعى والحنابلة .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا حد عليه لأنا صدقناها فى إنكارها فصار محكوماً بكذبه،وعلى هذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بفلان فكذبها .

---

(١) انظر ص ١١٧ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) الماوردى ص ٢١٧ ، ١٣٠ الذخيرة جزء ٨ ، ٤٩ البدائع جزء ٧ ص ٣٦٦ بداية المجتهد .

(٣) انظر ص ١٦٥ المغنى جزء ١٠ .

(٤) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ ، ١٨٩ الزيلعى جزء ٣ .

ويلزم أن يكون الإقرار عند الإمام فإن كان عند غيره لم يجز إقراره لأن إقرار ماعز كان على يدى الرسول[1].

وعلى الإمام أن يسأله عن حاله أمحصن أم لا لاختلاف الحكم. فإذا أقر أنه محصن سأله عن ماهية الإحصان[2].

وإن شهد شاهدان واعترف هو مرتين لم تكمل البينة ولم يجب الحد فى قول من يطلب أربع إقرارات لأن إحدى الحجتين لم تكمل ولا تلفق إحداهما بالأخرى[3].

ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد يحد لأن هذا الإقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن الباقى دليل الرجوع أو هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعدم شرعاً.

فبقيت الشهادة وحدها هى الحجة فتقبل.

ولأبى يوسف رحمه الله أن الإقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعاً فأورثت الحقيقة شبهة وهو يدرأ بها فصار كما إذا كانت معتبرة شرعاً.

وبقى أمران:

الأول: الإقرار المعيب.

الثانى: الرجوع فى الإقرار.

---

(١) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧، ١١٣ فتح القدير جزء ٤.

(٢) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧.

(٣) انظر ص ١٦٦ حاشية الشلبى على الزيلعى.

قال الإتقانى. ولم يذكر القدورى السؤال عن الزمان فى الإقرار بأن يقول متى زنيت لأن التقادم مانع للشهادة لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل إقراره وإن تقادم العهد وبيان التقادم يعلم فى باب الشهادة على الزنا.

وقال الكمال: ولم يذكر السؤال فيه عن الزنا فلا يقول متى زنيت وذكره فى الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار وهذا السؤال لتمكن الفائدة فإذا لم يكن التقادم مسقطاً لم يكن فى السؤال عنه فائدة. قال الزيلعى: «والأصح أن يسأله عن الزمان لاحتمال أنه زنى فى صغره».

الأمر الأول :

الإقرار المعيب هو الذى يشوبه عيب من عيوب الإرادة كإقرار المكره والسكران والأخرس والمجنون والنائم .

فإن أقر بالزنا وهو سكران لا يعتبر إقراره لأنه لا يدرى ما يقول ولا يدل قوله على فعله . وقد روى بريدة أن النبى استنكه ماعزاً . رواه أبو داود . وإنما فعل ذلك ليعلم هل هو سكران أو لا ؟

كذلك لا يصح الإقرار من المكره فلو ضرب الرجل ليقر بالزنا لم يجب عليه الحد ولم يثبت عليه الزنا — وهذا إجماع — روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ليس الرجل بأمين على نفسه إن صرعته أو ضربته أو أوثقته . رواه سعيد . وقال ابن شهاب فى رجل اعترف بعد جلدد ليس عليه حد، ولأن الإقرار المعيب إنما ثبت به الأمر دفعاً عن الضرر فانتفى ظن الصدق عنه فلم يقبل[1] .

وأما الأخرس فإن لم تفهم إشارته فلا يتصور منه إقرار . فإن فهمت إشارته اختلف الفقهاء .

١ — قول الشافعى وابن القاسم صاحب مالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب أحمد، إن عليه الحد لأن من صح إقراره بغير الزنا صح إقراره به كالناطق .

٢ — قال أصحاب أبى حنيفة لا يحد بإقرار ولا بينة لأن الإشارة تتحمل ما فهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة فى درء الحد لكونه مما يندرىء بالشبهات ولا يجب بالبينة لاحتمال أن يكون له شبهة لا يمكن التعبير عنها ولا يعرف كونها شبهة « أى لا يستطيع الدفاع عن نفسه »[2] .

كذلك النائم لا يصح إقراره لأن كلامه ليس بمعتبر ولا يدل على صحة مدلوله[3] .

---

(١) انظر ص ١٧١ المغنى جزء ١٠ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) انظر ص ١٧٠ المغنى جزء ١٠ .

كما أن الإقرار يلزم أن يكون ممن يتصور منه الزنا فالمجبوب لا يصح إقراره[1].

أما الخصي أو العنين إن أقر بالزنا فعليه الحد لأن الزنا يتصور منه كالشيخ الكبير وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي[2].

الأمر الثاني :

الرجوع عن الإقرار، فمن شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد ، فإن رجع عن إقراره أو هرب ففي المسألة قولان :

١ ــ قول عطاء والزهري وحماد ومالك « روايتان » والثوري والشافعي « روايتان » وإسحق وأبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد أن الجاني إن رجع أو هرب كف عنه وذلك لأن ماعز لما هرب قال النبي صلى الله عليه وسلم : « هلا تركتموه »[3].

٢ ــ قول الحسن وسعيد بن جبير وابن أبي ليلى أن الحد يقام عليه ، ولا يترك لأن ماعزاً هرب فقتلوه ولم يتركوه . وروى أنه قال : ردوني إلى رسول الله فإن قومي غروني من نفسي وأخبروني أن رسول الله غير قاتلي فلم ينزعوا حتى قتلوه، أخرجه أبو داود . ولو قبل رجوعه للزمتهم ديته، وهذا مردود بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم[4].

ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع لما ورد في ذلك من آثار عن النبي عليه الصلاة والسلام . فالمقصود أن يلقن الإمام ما يكون ذكره دارئاً للحد ليذكره كائناً ما كان[5].

---

(١) انظر ص ٤٩ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ١٧١ المغنى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٢٩٢ الحلى « ولو أقر بما يوجب الرجم ثم أنكر سقط عنه ولا يسقط غيره »

(٤) انظر ص ١٢١ فتح القدير جزء ٤ ، ١٧٣ المغنى جزء ١٠ ، ١٩٥ من المرجع نفسه .

(٥) وفي كتاب الأحكام السلطانية للماوردي أن هناك رواية لأبي حنيفة يقول فيها إن الحد لا يسقط بالرجوع . انظر ص ٢١٦ . وانظر ص ١١٠ من السياسة الشرعية لابن تيمية .

حمل المرأة بدون زواج :

اختلف الفقهاء فى المرأة إذا وجدت حاملا بدون زواج ولا شبهة إلى رأيين :

١ - قول لأحمد وغيره أنه لا حد عليها لأنها يجوز أن تكون حملت مكرهة أو بوطء شبهة وبه قال أبو حنيفة والشافعى .

٢ - قول آخر بأنها تحد وهو مذهب أهل المدينة وبه قال مالك فى الموطأ من حديث عمرو إلا أن تكون جاءت بأمارة على استكراهها مثل أن تكون بكراً فتأتى وهى تدمى[1] .

وقد ورد فى المغنى : « ولنا أنه يحتمل أنه من وطء إكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات ، وقد قيل إن المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل فى فرجها إما بفعلها أو بفعل غيرها ولهذا تصور حمل البكر »[2] .

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين

فى الفقه الغربى :

الغرض من العقوبة فى الفقه الغربى ليس منع اختلاط الأنساب ، بل صيانة حرمة الزواج . فإذا كان الزنا بعيداً عن عقد الزواج فلا عقاب على مرتكبه إن كان برضاه وبعد سن التميز التى حددها المشرع . فطالما كان هناك عقد يعاقب على الزنا ولو وقع من صبى لم يبلغ الحلم أو من شيخ طاعن فى السن أو من شخص فقد قوة التناسل أو كانت المرأة المزنى بها قد بلغت سن اليأس .

فى الفقه الاسلامى :

أما سبب العقوبة فى الفقه الإسلامى فهو منع اختلاط الأنساب وصيانة

---

(١) انظر ص ٣٦٨ بداية المجتهد جزء ٢ .
(٢) انظر ص ١٩٣ جزء ١٠ المغنى .

الأعراض فيحد بالجلد من زنا ولو باختيار . وتشدد العقوبة إذا كان هناك زواج فتصل إلى حد استئصال الفرد من المجتمع .

ولو تركنا العقوبة فى الزنا سواء كانت الجلد لغير المحصن أو الرجم بالنسبة للمحصن — ولو أننا رأينا فى بحث سابق مدى الشك الذى يدرأ الحد فى هذه العقوبة — لرأينا أموراً مختلفة .

الأول : إن جريمة الزنا من الجرائم التى يلزم فيها أربعة شهود خلافاً لكل الجرائم الأخرى . وهؤلاء الشهود يلزم توافر شروط خاصة فيهم فليس كل أربعة صالحين للشهادة .

الثانى : وهؤلاء الشهود لا تقبل شهادتهم إلا إذا شهدوا على فعل الزنا نفسه بالرؤية كالمرود فى المكحلة أو الرشاء فى البئر . وهو أمر عسير لا يتيسر تحققه فى أغلب الأحوال .

الثالث : وقد فرض الشارع عقوبة شديدة جداً على هؤلاء الشهود إن تخلف واحد منهم عن الشهادة أو شهد على غير الفعل كما حدث فيما روى عن حادث المغيرة بن شعبة وهو حادث فيه نظر من وجوه مختلفة .

حادث المغيرة بن شعبة :

وتفصيل الحادثة ما رواه أبو جعفر قال : كان المغيرة بن شعبة يباهى أبا بكرة وينافره . وكانا بالبصرة متجاورين بينهما طريق ، وكانا فى مشربتين متقابلتين فى داريهما فى كل واحدة منهما كوة تقابل الأخرى، فاجتمع إلى أبى بكرة نفر يتحدثون فى مشربته فهبت ريح ففتحت باب الكوة فقام أبو بكرة ليغلقه فبصر بالمغيرة وقد فتحت الريح باب الكوة فى مشربته وهو بين رجلى امرأة قد توسطها فقال للنفر : قوموا فانظروا ثم اشهدوا فقاموا فنظروا فقالوا : ومن هذه ؟ فقال هذه هى أم جميل بنت الأرقم وكانت أم جميل غاشية للمغيرة والأمراء والأشراف وكان بعض النساء يفعلن ذلك فى زمانها فلما خرج المغيرة إلى الصلاة حال أبو بكرة بينه وبين الصلاة فقال: لا تصل بنا فكتبوا إلى عمر بذلك فبعث عمر إلى أبى موسى واستعجله وقال له :

إنى أبعثك إلى أرض قد باض فيها الشيطان وفرخ فالزم ما تعرف ولا تبدل فيبدل الله بك ، فقال : يا أمير المؤمنين أعنى بعدة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من المهاجرين والأنصار فإنى وجدتهم فى هذه الأمة وهــذه الأعمال كالملح لا يصلح الطعام إلا به قال : فاستعن بمن أحببت فاستعان بتسعة وعشرين رجلا منهم أنس بن مالك وعمران بن حصين وهشام بن عامر ثم خرج أبو موسى حتى أناخ بالبصرة وبلغ المغيرة إقباله فقال : والله ما جاء أبو موسى زائراً ولا تاجراً ولكنه جاء أميراً . ثم دخل عليه أبو موسى فدفع إلى المغيرة كتاب عمر رضى الله عنه وفيه :

« أما بعد » فإنه بلغنى أمر عظيم فبعثت أبا موسى أميراً فسلم إليه ما فى يديك والعجل فأهدى المغيرة لأبى موسى وليدة من وليدات الطائف تدعى عقيلة وقال له إنى قد رضيتها لك وكانت فارهة . وارتحل المغيرة وأبو بكر ونافع بن كلدة وزياد وشبل بن معبد حتى قدموا على عمر فجمع بينهم وبين المغيرة . فقال المغيرة لعمر : يا أمير المؤمنين ، سل هؤلاء الأعبد كيف رأونى مستقبلهم أو مستدبرهم ، وكيف رأوا المرأة وهل عرفوها . فإن كانوا مستقبلى فكيف لم أستتر أو مستدبرى فبأى شىء استحلوا النظر إلى على امرأتى والله ما أتيت إلا زوجتى وكانت تشبهها . فبدأ بأبى بكرة فشهد عليه أنه رآه بين رجلى أم جميل وهو يدخله ويخرجه كالميل فى المكحلة قال : وكيف رأيتهما . قال : مستدبرهما قال : وكيف استثبت رأسها . قال : تحايلت حتى رأيتها . ثم دعا بشبل بن معبد فشهد بمثل ذلك . وشهد نافع بمثل شهادة أبى بكرة . وتقدم زياد آخرهم فقال له عمر قبل أن يشهد : إنى لأراك حسن الوجه وإنى لأرجو أن لا يفضح الله على يديك رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم . فقال : رأيته جالساً بين رجلى امرأة فرأيت قدمين مخضوبتين تخفقان ، واستين مكشوفين ، وسمعت حفزاناً شديداً ، قال : هل رأيت كالميل فى المكحلة قال : لا . قال فهل تعرف المرأة . قال : لا . ولكن أشبهها . قال : له تنح وأمر بالثلاثة فجلدوا حد القذف ، وقرأ : فإذا لم يأتوا

بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ، فقال المغيرة : اشفني من الأعبد يا أمير المؤمنين فقال له : اسكت أسكت الله نأمتك، أما والله لو تمت الشهادة لرجمتك بأحجارك، ورد عمر شهادة أبي بكرة وكان يقول له تب أقبل شهادتك فيأبى حتى كتب عهده عند موته . . هذا ما عهد به أبو بكرة نفيع بن الحارث وهو يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأن المغيرة بن شعبة زنا بجارية بني فلان[1] .

* * *

وهذه القصة تناقلتها كتب الفقه جميعاً على روايات مختلفة لا تخرج عن الرواية التي اخترناها مما يؤيد أنها رواية حقيقية . ومن أظهر ما فيها أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه الذي هاله أن ينتشر الزنا فوقف يوماً على المنبر وقال مقالته المشهورة التي فيها أنه لولا أن يقول الناس زاد في كتاب الله لكتب الآية المنسوخة في المصحف — يقول لزياد الشاهد الرابع الذي سوف تثبت بشهادته الجريمة على صحابي من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« إني لأراك حسن الوجه وإني لأرجو أن لا يفضح الله على يديك رجلا من أصحاب رسول الله » .

يقول عمر أمير المؤمنين ذلك للشاهد قبل أن يشهد فكأنه يوحي إليه أن يعدل عن شهادته حتى لا يرجم . وهذه هي السنة درءاً للحدود وصوناً للأعراض .

ثم يسارع عمر وهو الحريص على تطبيق العقوبة — وقد اختلفت الشهادة — فيقول للمغيرة : « اسكت . أسكت الله نأمتك أما والله لو تمت الشهادة لرجمتك بأحجارك » . حتى لا يظن الناس أنه ترك الرجم لسبب من الأسباب .

بل إن الرسول عليه الصلاة والسلام نفسه كان يرد المعترفين بالزنا

---

(١) انظر ص ١٧٩ ابن العربي جزء ٢ . النأمه : النغمة والصوت ، وأسكت الله نأمته أي أماته .

ولا يريد أن يسمع منهم الاعتراف والإقرار ، وكان يسأل عن حالهم وعقلهم كما فعل مع ماعز .

نخرج من ذلك كله بالنتائج الآتية :

إن الزنا جريمة صعبة الإثبات بل متعذرة الإثبات فى الشريعة الإسلامية ، وإن طرق الإثبات واحدة سواء كان الزانى متزوجاً أو غير متزوج .

أما فى الفقه الوضعى فقد فصل بين الشهادة فيما يتعلق بالأزواج أو شريكة الزوج ، وبالنسبة لشريك الزوجة .

فقد نص القانون على أن الإثبات بالنسبة للأخير يجب أن يحصل بإحدى الطرق التى ذكرها على سبيل الحصر وهى :

١ ــ القبض عليه حين تلبسه بالفعل .

٢ ــ اعترافه .

٣ ــ وجود مكاتيب أو أوراق أخر مكتوبة منه .

٤ ــ وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم .

أما بالنسبة للأزواج وشريكتهم فالإثبات يكون بطرق الإثبات العادية .

ويقولون إن حكمة التضييق فى طرق الإثبات بالنسبة للشريك ترجع إلى خطورة التهمة وتعلقها بالعرض فيجب أن تثبت بطريق قاطع ولا يكفى فيها مجرد شهادة الشهود من حوادث تبعية قد تؤخذ فى مجموعها قرينة على وقوع الجريمة فكثيراً ما تخطئ الشواهد وتضل الشبهات .

وفضلا عن ذلك فإن إباحة شهادة الشهود إباحة مطلقة فى مثل هذه الحالة يفسح المجال لمن لا خلاق لهم للتشهير بسمعة الغير والنيل من شرفهم .

ولكن هذا تبرير ضعيف لشذوذ المشرع عن القواعد العامة وإلا وجب توحيد طرق الإثبات بالنسبة للزوجة والشريك فالمصلحة متحدة ولكن المشرع الإسلامى قد راعى من مبدأ الأمر ذلك كله فوحد طرق الإثبات بالنسبة لجميع المتهمين فى جريمة الزنا .

---

(١) المادة ٢٧٦ ع مصرى .

الفصل الثالث

جريمة القذف

فى الفقه الغربى :

يتكلم فقهاء الغرب دائماً مع جريمة القذف والسب عن جرائم الإهانة والعيب .

فالقذف diffamation يقصد به إسناد أمور محدودة إلى شخص وقعت منه أو منسوبة إليه كأن يقول شخص عن آخر إنه سرق من فلان أو إنه أخذ رشوة . ولا يشترط أن تحدد الألفاظ الواقعة المعينة ، بل يكفى أن تكون معروفة ولو أن الألفاظ فى حد ذاتها غامضة .

والسب injure هو عبارة عن نسبة عيب لا واقعة معينة ، يخدش الشرف أو يشين السمعة بين الناس . كأن يقول شخص لآخر « يا حرامى » « يا نصاب » .

والإهانة offense فهى أوسع مدى من القذف والسب ، فيدخل فيها كل ما هو مخل بالاحترام ، أو يدل على الازدراء والسخرية ، وذلك فضلا عما يخدش الكرامة . والإهانة لا يعاقب عليها إلا بالنسبة للموظفين ومن يقومون بخدمة عامة[1] .

والعيب outrage يدخل فى نطاق الإهانة ويدخل فيه كل ما يخدش الشعور أو يعتبر إخلالا بالواجب سواء كان تصريحاً أو تلميحاً من باب الفخر مهما كان ظاهره بريئاً[2] .

---

(١) انظر ص ١٧١ من كتاب التشريع وأحكام القضاء للدكتور المرصفاوى .

(٢) انظر ص ١٣٤ ، ١٣٥ من كتاب المسئولية الجنائية للدكتور محمد مصطفى القللى .

وقد نص القانون المصرى عـــلى عقاب هذه الأمور فى المواد ٣٠٢ وما بعدها تحت باب القذف والسب .

فى الفقه الإسلامى :

أما فى الإسلام فجريمة القذف التى تجب بها العقوبة المحددة (وهى ثمانون جلدة) هى أن يرمى القاذف المقذوف بالزنا أو ينفيه عن نسبه .

أما خلاف ذلك من أوجه السب أو الإهانة أو العيب فيعاقب عليها لا بالحد وإنما بالتعزير بقدر ما يرى القاضى [1] .

والقذف لغة، الرمى بالحجارة ونحوها ثم استعمل فى الرمى بالمكاره ويسمى أيضاً فرية (بكسر الفاء) كأنه من الافتراء والكذب، وشرعاً قال ابن عرفه : القذف نسبة آدمى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص لإيجاب الحد نسبة آدمى مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم [2] .

وأصل هذه الجريمة هو ما نزل على النبى صلى الله عليه وسلم فى القرآن وهو : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ، والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » [3] .

وقوله تعالى : « إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم [4] » .

---

(١) انظر ص ٢٥٤ الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الفراء . قال الأوزاعى خلافاً لباقى الفقهاء أن حد العبد كحد الحر فى القذف (انظر ص ١٦٠ جزء ٢ الميزان للشعرانى) .

(٢) انظر ص ٢٢٨ جزء ٤ الدسوقى .

(٣) سورة النور .

(٤) سورة النور .

وقد نص القانون المصرى عـلى عقاب هذه الأمور فى المواد ٣٠٢ وما بعدها تحت باب القذف والسب .

فى الفقه الإسلامى :

أما فى الإسلام فجريمة القذف التى تجب بها العقوبة المحددة (وهى ثمانون جلدة) هى أن يرمى القاذف المقذوف بالزنا أو ينفيه عن نسبه .

أما خلاف ذلك من أوجه السب أو الإهانة أو العيب فيعاقب عليها لا بالحد وإنما بالتعزير بقدر ما يرى القاضى [1].

والقذف لغة، الرمى بالحجارة ونحوها ثم استعمل فى الرمى بالمكاره ويسمى أيضاً فرية (بكسر الفاء) كأنه من الافتراء والكذب، وشرعاً قال ابن عرفه : القذف نسبة آدمى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص لإيجاب الحد نسبة آدمى مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم [2].

وأصل هذه الجريمة هو ما نزل على النبى صلى الله عليه وسلم فى القرآن وهو : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ، والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » [3].

وقوله تعالى : « إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم [4] » .

---

(١) انظر ص ٢٥٤ الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الفراء . قال الأوزاعى خلافاً لباقى الفقهاء أن حد العبد كحد الحر فى القذف (انظر ص ١٦٠ جزء ٢ الميزان للشعرانى) .

(٢) انظر ص ٢٢٨ جزء ٤ الدسوقى .

(٣) سورة النور .

(٤) سورة النور .

وقوله عليه الصلاة والسلام :

« اجتنبوا السبع الموبقات . قيل : وما هن يا رسول الله . قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » .

وسنتكلم فى جريمة القذف عن أمور ثلاثة :

١ – أركان جريمة القذف .

٢ – الإثبات فى القذف .

٣ – فروق جوهرية بين التشريعين الوضعى والإسلامى .

المبحث الأول

أركان جريمة القذف :

١ – الفعل المادى وهو الرمى .

٢ – شروط ضرورية فى القاذف والمقذوف .

٣ – القصد الجنائى .

الركن الأول – **الفعل المادى :**

القذف لغة ، الرمى بالشيء ، وشرعاً الرمى بالزنا .

وفى اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة . فإذا قذف الرجل رجلا محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا الخالى عن الشبهة الذى لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود أو أقر به المقذوف – لزمه حد الزنا .

ولو رماه بسائر المعاصى غير الزنا لا يجب الحد ، بل التعزير .

وسائل التعبير فى القذف :

قد يكون القذف بالعبارة أو بالرسالة فهل يكون أيضاً بالإشـــارة والكتابة ؟

ولو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يأيها الزناة ، أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمرو أنت زان ويا خالد أنت زان ، لا يقام عليه إلا حد واحد عند الحنفية ومالك والثوري وأحمد ، وعند الشافعية إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وإن قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لأنه حق المقذوف فلا يجري فيه التداخل ، وقد قال بذلك أيضاً الليث بن سعد[1] .

فإن قذف أهل بلد أو جماعة لا يتصور الزنا من جميعهم عزر ولم يحد[2] .

القذف غير العلنى :

ورد فى ابن عابدين : نقل أيضاً عن شرح جمع الجوامع أن القذف فى الخلوة صغيرة عند الشافعية . قال : وقواعدنا لا تأباه لأن العلة فيه لحوق العار وهو مفقود فى الخلوة واعترضه فى النهر بأنه فى الفتح استدل للإجماع بآية والذين يرمون المحصنات . وبحديث اجتنبوا السبع الموبقات وعد منها قذف المحصنات وهذا صادق على قذف المحصنة فى الخلوة بحيث لم يسمعه أحد[3] .

القذف بالرسالة :

أما فى الرسالة كما لو قال الشخص لغيره : اذهب إلى فلان فقل له يا زانى أو يابن الزانية لم يكن المرسل قاذفاً لأنه أمر بالقذف ولم يقذف .

وأما الرسول فإن ابتدأ فقال مباشرة لا على وجه الرسالة يا زانى أو يابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد . وإن بلغه على وجه الرسالة فإن قال أرسلنى فلان إليك وأمرنى أن أقول لك يا زانى أو يابن الزانية لا حد عليه لأنه لم يقذف بل أخبر عن قذف غيره[4] .

---

(١) انظر ص ٢٠٩ فتح القدير جزء ٤ ، وصفحة ١١١ المبسوط جزء ٩ وانظر ص ٣٦٩ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ . وانظر ص ١٧٥ من هذا الكتاب وانظر ص ٢٧٥ جزء ٢ المهذب .

(٢) انظر ص ٢٢٣ المغنى جزء ١٠ . وانظر ص ٢٩٩ المختصر النافع للحلى (لو قذف جماعة بلفظ واحد ، فعليه حد إن جاءوا وطالبوا مجتمعين وإن افترقوا فلكل واحد حد) .

(٣) انظر ص٢٥٧ جزء ٣ ابن عابدين « القذف غير العلنى « فى خلوة » لا يوجب الحد » .

(٤) انظر ص ٧٢ منلا خسرو جزء ٢ .
=

القذف بالإشارة :

أما الأخرس فلا يتصور منه القذف فإشارته لا يستفاد منها الرمى بالزنا على وجه التأكيد . كذلك إن كان القاذف قادراً على الكلام ولكنه افتعل إشارات معينة يحاول بها أن يمثل فعل الزانى فلا حد لعدم الرمى بالزنا على وجه التأكيد .

القذف بالكتابة :

يفهم من استقراء النصوص فى الفقه الإسلامى أنه يلزم أن يكون القذف علناً على مسمع من الجمهور، ورد فى حاشية أبى الخلاص على الدرر « القذف لغة الرمى بالشيء وشرعاً الرمى بالزنا واستثنى منه الشافعية ما كان فى خلوة لعدم لحوق العار »[1].

وعلى هذا الرأى لا يكون مرسل الكتاب قاذفاً إذا لم يعلمه خلافه .

= « إذا قال يابن الزانيين وقد مات أبواه فعليه حد واحد » . لأن الغالب فى الحدود عندنا حق الله تعالى فتتداخل حتى لو قذف رجلا مراراً أو جماعة كل واحد منهم لا يجب إلا حد واحد كما سيأتى : حكى عن ابن أبى ليلى انه كان قاضياً بالكوفة فسمع يوماً رجلا يقول عند باب مسجده لرجل يا بن الزانيين فأمر بأخذه فأدخل المسجد فضربه حدين ثمانين ، ثمانين لقذفه الوالدين فبلغ ذلك أبا حنيفة فقال يا للعجب من قاضى بلدنا قد أخطأ فى مسئلة واحدة من خمسة أوجه .

حده من غير خصومة المقذوف . وضربه حدين ولا يجب عليه إلا حد واحد ولو قذف ألفاً . ووالى بين الحدين والواجب أن يفصل بينهما بيوم أو أكثر . وحده فى المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم وإقامة حدودكم . والخامس ينبغى أن يكشف أن المقذوفين حيان أو ميتان لتكون الخصومة إليهما أو إلى ولدهما . وإن اجتمعت على واحد أجناس مختلفة بأن قذف وزنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبدأ من الأول فيبدأ بحد القذف أولا لأن فيه حق العبد ثم الإمام بالخيار إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بالقطع لاستوائهما فى القوة لثبوتهما بالكتاب ويؤخر حد الشرب لأنه أضعف منها ذكره الزيلعى » . وانظر ص ٢٠٧ الزيلعى جزء ٣ وانظر ص ٢٩٨ من الحلى : قال الشيعة يقتل القاذف فى الرابعة إذا حد ثلاثاً ، وقيل الثالثة . وهو رأى غريب فريد .

(١) انظر ص ٤٤ بدائع الصنائع جزء ٧ ، ص ٧٠ جزء ٢ من الدرر .

القذف المعلق على شرط أو المضاف لاجل :

فالقذف المعلق على شرط أو المضاف لأجل لا حد فيه ، وعلى هذا إذا قال رجل : من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن زانية، فقال رجل أنا قلت فلا حد لأنه علق القذف بشرط القول .

وكذلك إذا قال لرجل إن دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن زانية فدخل لا حد على القائل .

وكذلك من قال لغيره أنت زان أو ابن زانية غداً أو أول الشهر فجاء الغد أو أول الشهر لا حد عليه لأنه أضاف القذف إلى الموعد المحدد[1] .

التعريض بالقذف :

قد لا يكون القاذف صريحاً فى لفظه الذى قاله، فيقول واحد للآخر والله ما أبى بزان ولا أمى بزانية، أو يقول أنا ما زنيت فهو بمثابة أنه يقول إنك زنيت . أو يقول له يا نبطى[2] أو يا بن الأصفر أو يا بن الأسود أو يا فاجر أو يابن الفاجر أو يا لوطى ، ففى هذه الأحوال وأمثالها اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً نحصره فى رأيين .

١ — رأى أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر ومحمد وابن شبرمة والثورى وأبى ثور وقتادة وعطاء وابن المنذر والشافعى[3] أنه لا حد فى التعريض بالقذف وهو رواية عن أحمد بن حنبل ورأى ابن مسعود والشيعة[4] .

٢ — ويرى مالك وأصحابه ورواية عن أحمد بن حنبل عن الأثرم[5]

---

(١) انظر ص ٤٦ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) والنبط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين والجمع أنباط . يقال رجل نبطى ونباط مثل يمنى ويمان . قال الزمخشرى سموا نبطاً لأنهم يستنبطون الماء أى يستخرجونه من الأرض . ومعنى نبطى اللسان الذى اشتبه فى كلامه بكلام العرب والعجم . وانظر ص ١٩٩ فتح القدير جزء ٤ ، ص ٢٠١ الزيلعى جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٩٠ ابن العربى .

(٤) انظر ص ٢٩٨ المختصر النافع للحلى .

(٥) هو أحمد بن محمد بن هانى الطائى المعروف بالأثرم روى عن الإمام أحمد كثيراً من=

وغيره أن عليه الحد[1].

وخلافهم مرجعه إلى الخلاف بين الخلفاء الراشدين فى هذا الأمر ، فقد رويت روايات مختلفة عن عمر بن الخطاب فى إحداها أنه جلد من قال : أما أبى فليس بزان ولا أمى بزانية . وفى رواية أخرى أنه ضربه ولم يجلده الحد .

كما قيل عن عبدالله بن مسعود أنه قال : لاحد إلا فى اثنين : أن يقذف محصنة أو ينفى رجلا من أبيه . وقيل عن عبدالله بن عمرو بن العاص أنه قال : ليس بحد إلا فى الكلمة التى لها مصرف وليس لها إلا وجه واحد . وعن على ابن أبى طالب أنه قال : إذا بلغ الحد لعل وعسى فالحد معطل[2].

وقد عرض الرأيين عرضاً وجيهاً الفقيه الظاهرى ابن حزم فى كتابه المحلى وانتهى إلى أنه لا يجب الحد فى التعريض[3].

والذين قالوا : لا حد فى التعريض اختلفوا إلى رأيين :

رأى يقول بأنه لا عقوبة على من يعرض بالقذف أصلا . ويرى أبو حنيفة والشافعى أن فيه التعزير[4].

= مسائل الفقه ورتبها أبواباً وقد تفوق فى العلم حتى كان من المبرزين من تلاميذ الإمام روى أن شيخين من رجال الحديث قدما من خراسان إلى مكة فى موسم الحج فجلس كل منهما فى ناحية وحوله من يسمع ومن يكتب ، وجلس الأثرم بين الحلقتين يكتب ما يملى هذا وذاك . وتلك قدرة على الحفظ ومهارة فى التدوين ولم يعرف تاريخ وفاته .

(١) انظر ص ٢٩٠ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير . وقال مالك : فى التعريض الحد كاملا ، انظر ص ٢٤ المدونة الكبرى جزء ١٦ ، وانظر ص ٣٣٠ جزء ٣ أحكام القرآن للجصاص .

(٢) انظر ص ٣٣٠ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ ، ٢١٢ المغنى جزء ١٠ ، ٢٥٥ أبو يعلى ، ٢٢١ الماوردى ٩ ، ١٩٩ حاشية الشلبى على الزيلعى جزء ٣ ، ٤٢ وما بعدها من بدائع الصنائع جزء ٧ ، ١٦٧ الذخيرة للقرافى جزء ٨ .

(٣) انظر ص ٢٧٦ وما بعدها جزء ١١ لابن حزم .

(٤) بداية المجتهد جزء ٢ ص ٣٦٨ وانظر ص ٢٥٥ أبو يعلى « والتعريض : أن يقول فى حالة الغضب جواباً لمن سابه : يا حلال ابن الحلال ، خلقت من نطفة حلال . ما أنت بزان ولا أمك بزانية . ولا يعرفك الناس بالزنا . ونحو قوله لزوجته فضحتينى وغطيت رأسى » .

الركن الثانى — **القاذف والمقذوف :**

١ — شروط يلزم توافرها فى القاذف :

(ا) العقــل .

(ب) البلوغ .

فإذا كان القاذف صبياً أو مجنوناً لا حد عليه لأن الحد عقوبة والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة . وفعل الصبي أو المجنون لا يوصف بأنه جريمة[1].

ولا يشترط فى القاذف :

١ — الحرية :

فالعبد والحر سواء فى هذا الحد . وعقوبة العبد أربعون جلدة على النصف من حد الحر . وقد قال بذلك جمهور الفقهاء .

وقد جلد أبو بكر محمد بن حزم عبداً قذف حراً ثمانين جلدة، وبذلك قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز والأوزاعى وابن مسعود عملا بعموم الآية . وقال سعيد : حدثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال : حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبداً فى فرية ثمانين، فأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء، فقال لى عبدالله بن عامر بن ربيعة إنى رأيت والله عمر ابن الخطاب فما رأيت أحداً جلد عبداً فى فرية فوق أربعين[2].

٢ — الإسلام :

ليس بشرط أن يكون القاذف مسلماً .

فالذمى يحد إن قذف ، والمستأمن يحد إن قذف . وكان أبو حنيفة لا يحده

(١) ورد فى ابن عابدين جزء ٣ ص ٢٦٤ : ذكر فى المبسوط أن معتوهة قالت لرجل يا بن الزانيين فجاء بها إلى ابن أبى ليلى فاعترفت فحدها حدين فى المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال : أخطأ فى سبع مواضع بنى الحكم على إقرار المعتوهة وألزمها الحد وحدها حدين وأقامهما معاً وفى المسجد وقائمة وبلا حضرة وليها. وقال فى الدرر: ولم يتعرف أن أبويه حيان فتكون الخصومة لهما أو ميتان فتكون الخصومة للابن .

(٢) انظر ص ٣١٢ الشرح الكبير على المغنى جزء ١٠ .

فى مبدأ الأمر لأنه ليس للإمام عليه ولاية الاستيفاء حيث لم يلتزم أحكام الإسلام . وفى قوله الأخير أنه يحد وهو قول الصاحبين[١]. إذ أنه التزم أن لا يؤذى وهو رأى المالكية[٢].

٣ ــ العفة والإحصان :

فهما شرط فى المقذوف لا القاذف .

وقد أضاف صاحب المهذب شرطاً آخر فى القاذف هو الاختيار ، وهو شرط مفهوم بالضرورة[٣].

فإن قذف الوالد ولده أو قذف الجد ولد ولده فقد اختلف الفقهاء ، فيرى أبو حنيفة وأصحابه وعطاء والحسن والشافعى وإسحق والحنابلة أنه لا يحد . وهو رأى الشيعة .

وقال مالك[٤] وأبو ثور وابن المنذر أن عليه الحد لعموم الآية . ولأنه حد فلا تمنع من وجوده قرابة الولاد كالزنا[٥].

ويشترط لإقامة الحد على القاذف شرطان :

الشرط الأول :

مطالبة المقذوف لأنه حق له فلا يستوفى طلبه كسائر الحقوق[٦].

ولو وكل الغائب من يطلب بحده صح التوكيل فى قول أبى حنيفة ومحمد

---

(١) انظر ص ١٩ المبسوط جزء ٩ ، انظر ص ٢٨٨ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، ٢٩١ المختصر النافع للحلى . وانظر ص ١٦٦ الخراج « فإن كان القاذف عبداً ضرب حد العبد أربعين ، فإن لم يكن ضرب بعد ما اقترف حتى أعتق ثم قدمه إلى الحاكم فإنه لا يزيده على الأربعين لأنها هى التى كانت وجبت عليه يوم القذف » .

(٢) المدونة الكبرى جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٢٧٢ المهذب للشيرازى جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٢٨ المدونة جزء ١٦ « كان مالك يستثقل أن يحده فى ذلك الأمر ويقول ليس ذلك من البر » . والقول بالحد ضعيف فى مذهب المالكية . والمذهب : أنه ليس للابن حد أبيه ولا أمه ولا تحليفهما ولا يمكن من ذلك إن طلبه كما فى الشرح الكبير وحاشيته ص ٢٩٤ .

(٥) انظر ص ٢٠٨ المغنى جزء ١٠ ، ٢٧٤ المهذب جزء ٢ ، ١٢٣ المبسوط جزء ٩ .

(٦) انظر ص ١٦ المدونة جزء ١٦ .

وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال : لا أقبل الوكالة في حد ولا قصاص[1].

وعند الشافعي حضور المقذوف ليس بشرط للاستيفاء . وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته،على أن هذا الحد عنده حد المقذوف خاصة فيتحرى فيه النيابة في الإثبات والاستيفاء[2].

الشرط الثاني :

أن لا يأتي ببينة لقوله تعالى :

« والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية .

ولذلك يشترط عدم إقرار المقذوف لأنه في معنى البينة فإن كان القاذف زوجاً اعتبر شرط آخر وهو امتناعه عن اللعان ، وسنتكلم عن ذلك فيما بعد .

ويجب الحد على القاذف في غير دار الإسلام لعموم الآية . ولأنه مسلم مكلف حر قذف محصناً تتوافر فيه الشروط وبهذا قال الشافعي وأحمد .

وقال الحنفية لا حد عليه لأنه في دار لا حد على أهلها .

كما إنه إن جاء القاذف بأربعة شهداء فساق فشهدوا على المقذوف بالزنا فقال الحنفية ، وعثمان البتي والليث بن سعد لا حد على الشهود وإن كانوا فساقاً .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في رجل قذف رجلا بالزنا ثم جاء بأربعة فساق يشهدون أنه زان ، أنه يحد القاذف ويدرأ عن الشهود . وقال زفر يدرأ عن القاذف وعن الشهود .

وقال مالك وعبيدالله بن الحسن يحد الشهود[3].

---

(١) انظر ص ١١٤ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٥٤ البدائع جزء ٧ .

(٣) انظر ص ٣٤٥ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

وانظر ص٨٨ ابن العربي جزء ٢ « لا يقيمه إلا بمطالبة المقذوف عند الجمهور وقال ابن=

٢ ــ شروط يلزم توافرها فى المقذوف :

لكى يقام الحد على القاذف يلزم أن يتوافر فى المقذوف الشروط الآتية :

١ ــ أن يكون محصناً .

٢ ــ أن يكون معلوماً وإن لم يكن على قيد الحياة .

ونتكلم عن ذلك بتفصيل :

أولا ــ شروط إحصان المقذوف :

١ ــ العقل : فإن كان المقذوف مجنوناً لا يجب الحد على القاذف ، بل يجب التعزير .

٢ ــ البلوغ : فإن كان المقذوف صبياً اختلف الفقهاء، فقال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ورواية عن أحمد أنه يشترط لوجوب الحد البلوغ لأنه أحد شرطى التكليف فأشبه العقل ولأن زنا الصبى لا يوجب عليه الحد فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون[1].

وقال مالك وإسحق ورواية أخرى عن أحمد أنه لا يشترط البلوغ لأنه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول الممكن صدقه فأشبه الكبير وحددوا لوجوب الحد عشراً للغلام وسبعاً للجارية وفى رواية تسعاً[2].

أبى ليلى لا يفتقر إلى مطالبة الآدمى ولعل ابن أبى ليلى يقول ذلك إذا سمعه الإمام بمحضر عدول الشهود فيكون ذلك أظهر . ولكن بقى أن يقال أنه يحتمل أن يكون من حجة الإمام أن يقول أحده لأنه لم يدع عندى إثبات ما نسب إليه فإن ادعى سجنه ولم يحده بحال » .

وانظر ص ٧١ حاشية الشرنبلالى : « فإن طلب ثم عفا عن الحد سقط وبهذا قال الشافعى وأبو ثور . وقال الحسن وأصحاب الرأى لا يسقط بعفوه لأنه حد فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود »

(١) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ ، وانظر ص ١٩١ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ٢١١ الشرح الكبير على المغنى جزء ١٠ ، ص ٢٠٥ المغنى جزء ١٠ ، ص ٢٠٣ نفس المرجع ، ص ٢٠ المدونة جزء ١٦ مالك يشترط البلوغ فى المقذوف بالزنا على المعتمد إذا كان فاعلا وإلا فشرطه الإطاقة ولو لم يبلغ .

فاذا وجب الحد بقذف من لم يبلغ فى رأى من يقول به لم تجز إقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه لأن مطالبته قبل البلوغ لا توجب الحد لعدم اعتبار كلامه وليس لوليه المطالبة عنه لأنه حق شرع للتشفى فلم يقم غيره مقامه فى الاستيفاء كالقصاص .

٣ ــ الحرية : هل يلزم أن يكون المقذوف حراً فلا يكون عبداً أو أمة ؟ اختلف فى ذلك الفقهاء .

أما الجمهور وهم (أبو حنيفة ومالك والشافعى والأوزاعى وسفيان الثورى وعثمان البتى ، وأصحابهم) فلا يرون الحد على قاذف العبد أو الأمة[1] وحجتهم فى ذلك ما روى عن أبى هريرة وعن أبى نعيم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « من قذف مملوكه بريئاً مما قال أقيم عليه الحد يوم القيامة . إلا أن يكون كما قال » .

وعن الحسن عن ابن عمر : « من قذف مملوكه كان لله تعالى فى ظهره حد يوم القيامة إن شاء آخذه وإن شاء عفا عنه » .

وقد ناقش أبو محمد بن حزم هؤلاء الفقهاء الأجلاء مناقشة منطقية وخرج إلى رأى وهو أنه يحد قاذف الأمة والعبد وهو فى ذلك يقول : « وأما قولهم لا حرمة للعبد ولا للأمة فكلام سخيف والمؤمن له حرمة عظيمة ورب عبد جلف خير من خليفة قرشى عند الله تعالى » .

قال تعالى : « يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى » الآية . إلى قوله : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » والناس كلهم فى الولادة أولاد آدم وامرأته، ثم تفاضل الناس بأخلاقهم وأديانهم لا بأعراقهم ولا بأبدانهم . وقد

---

(١) وانظر ص ١٨٧ ابن العربى جزء ٢ .

« إذا رمى صبية يمكن وطؤها قبل البلوغ بالزنا كان قذفاً عند مالك . وقال أبو حنيفة والشافعى ليس بقذف لأنه ليس بزنا إذ لا حد عليها وعول مالك على أنه تعبير تام بوطء كامل فكان قذفاً والمسئلة محتملة مشكلة لكن مالك غلب حماية عرض المقذوف وغيره راعى حماية ظن القاذف وحماية عرض المقذوف أولى لأن القاذف كشف ستره بطرف لسانه فلزمه الحد » .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام» فسوى عليه السلام بين حرمة العرض من الحر والعبد نصاً ولا سيما الحنفيون الموجبون القود على الحر للعبد وعلى الحرة للأمة فقد أثبتوا أن حرمتهما سواء[1].

وإنه رأى سليم سديد إذ أن التفرقة غير مفهومة إطلاقاً فى هذا ، وإنما خفف الله عنهم العذاب إلى النصف فى الحد الذى يتبعض لنقصان حالهم . وضعفهم بين الناس .

٤ ــ الإسلام :

يشترط فى المقذوف أن يكون مسلماً حتى يجب الحد على قاذفه .

وقد روى عن ابن المسيب وابن أبى ليلى أنه إذا قذف ذمية ولها ولد مسلم يحد[2].

ومن قذف من كان مشركاً وقال أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت إلى قوله . وحد القاذف إذا طالب المقذوف[3].

٥ ــ العفة عن الزنا :

وعفاف المقذوف الموجب لحد قاذفه هو السلامة من فعل الزنا قبل القذف وبعده .

والمطالب بإثبات عدم العفة هو القاذف لا المقذوف لأنه هو المدعى . وعلى المدعى إثبات دعواه[4].

---

(١) انظر ص ٢٧٢ المحلى جزء ١١ لابن حزم . ولكن هذه الأحكام جارية عليهم بين الناس فى الدنيا لا عند الله فى الآخرة وقد يكون العبد أقوى من الحر جسماً ومع ذلك عليه نصف الحد المقرر على الحر .

(٢) انظر ص ١٦٦ الخراج ، ص ٢٠٣ المغنى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٢٢٢ المغنى جزء ١٠ .

(٤) انظر ص ٢٨٩ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٤ .

ومن قذف الزانى بالزنا فلا حد عليه عند بعض الحنفية سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر وعن إبراهيم النخعى وابن أبى ليلى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا أو بالزنا مبهماً فعليه الحد لأن الرمى موجب للحد إلا أن يكون الرامى صادقاً(١).

ومن قذف رجلا فلم يقم الحد حتى زنى المقذوف لم يزل الحد عن القاذف، وبهذا قال الثورى وأبو ثور والمزنى وداود وأحمد.

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى لا حد عليه(٢) بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقم الحد لأن وجود الزنا يقوى قول القاذف ويدل على تقدم الفسق منه فأشبه الشهادة إذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها.

ولا حد على من قذف امرأة محدودة فى الزنا أو معها ولد لا يعرف له أب أو لاعنت بولد لأن أمارة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة(٣).

ولا يلزم فى المقذوف ولا يسقط الحد عن قاذفه كونه معروفاً بالظلم والغصب والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا(٤).

---

(١) انظر ص ١١٦ المبسوط جزء ٩.

(٢) انظر ص ٢١٩ المغنى ج ١٠.

(٣) انظر المبسوط جزء ٩ ص ٢٧ إلى ٤٢ بدائع الصنائع.

(٤) انظر ص ١٧٥ الذخيرة للقرافى، انظر ص ٧٤ منلا خسرو.

(قال فى البدائع فإن أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف أو على إقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف).

ويناقش ذلك منلا خسرو فيقول:

« فى إقامة الحد على المقذوف بالبينة على إقراره نظر لأنه قد تقدم فى كلام البدائع ما يناقض هذا وهو الصواب ونصه ولو أقر أى بالزنا أربع مرات فى غير مجلس القاضى وشهد الشهود على إقراره لا تقبل شهادتهم لأنه إن كان مقراً فالشهادة لغو لأن الحكم للإقرار لا للشهادة. وإن كان منكراً فالإنكار منه رجوع والرجوع عن الإقرار فى الحدود الخالصة حقاً لله صحيح. فقد أفاد بهذا صريحاً أنه لا حد على المقذوف بإقامة البينة على إقراره ولا حد على القاذف لإقامة البينة ويمكن دفع المناقضة بحمل قول صاحب البدائع على اللف والنشر المشوش بإرجاع قوله سقط الحد عن القاذف إلى قوله أو على إقراره على الزنا وإرجاع قوله ويقام حد الزنا على المقذوف إلى قوله، فإن أقام أربعة من الشهود عند معاينته الزنا من المقذوف ولكن لا يخفى ما فيه من التكلف =

٦ ـ كما يشترط أن لا يكون المقذوف مجبوباً ولا أخرس ولا خنثى مشكلا ، وأن لا تكون المرأة المقذوفة رتقاء ولا خرساء .

فالمجبوب والرتقاء لا يحد قاذفهما لأنهما وإن صدق عليهما تعريف المحصن لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذب القاذف بيقين .

أما الأخرس فكلامه بالإشارة ولو كان ينطق ربما صدق القاذف وفى ذلك شبهة تدرأ الحد[١].

وقد قال بذلك الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر والحسن .

ويرى الحنابلة أن الحد يلزمه[٢] لعموم آية القذف ولأنه قاذف لمحصن فيلزمه الحد كقاذف القادر على الوطء ولأن إمكان الوطء أمر خفى لا يعلمه كثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد فيجب كقذف المريض .

والقاذف من أهل البغي متى قذف رجلاً من أهل العدل في عسكرهم أو في عسكر أهل الحرب أو قذف رجل من أهل الحرب رجلاً منهم لم يجد واحد منهم لأنه ارتكب السبب وهو ليس تحت ولاية الإمام وقد بينا أن ولاية الاستيفاء إنما تثبت للإمام إذا ارتكب السبب وهو تحت ولايته وبدون المستوفى لا يجب الحد[٣] .

= ولا يساعده كلام التحفة . وفى كلام الكمال ما يشير إلى هذا حيث قال : فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرر المقذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف . وعن الثلاثة أى الذين أقامهم القاذف فشهدوا بالزنا لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا إقراره بالزنا إلا أن المعتبر فى الإقرار اسقاط الحد لا إقامته لأن ذلك لا يمكن ولو كثر الشهود . وفى التتارخانية عن التهذيب إن شهد أربعة أنه أقر بالزنا لا حد عليهم ولا على الشهود على الزنا » .

(١) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ ، ص ٧١ الدر الحكام جزء ٢ ، ص ٢٠٣ المغنى جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٢٠٣ المغنى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ .

٧ — ويشترط أيضاً أن يبقى المقذوف متمتعاً بهذه الشروط التي وضحناها حتى يحد القاذف .

فكما ذكرنا ؛ إذا زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطئاً حراماً سقط الحد عن القاذف لأن إحصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد وقد زال إحصانه بهذا الوطء . وكذلك إذا ارتد المقذوف وإن أسلم بعد ذلك فلا حد على القاذف لأنه قد سقط الحد لزوال إحصانه بالردة . وكذلك إن صار معتوهاً ذاهب العقل أو أخرس وبقى كذلك، وبالخرس لا يزول إحصانه ولكن تتمكن شبهة من حيث أنه إذا كان ناطقاً ربما يصدقه ولهذا شرط بقاء الخرس حتى إذا زال الخرس وطالب بالحد فله ذلك بمنزلة المريض حتى يبرأ[١].

ثانيا — أنه يكون المقذوف معلوما وإن لم يكن على قيد الحياة :

المقذوف معلوم :

يلزم أن يكون المقذوف معلوماً فإن كان مجهولا لا يجب الحد كما إذا قال القاذف لجماعة ليس فيكم زان إلا واحد . أو قال لرجلين أحدكما زان لأن المقذوف مجهول[٢].

حياة المقذوف :

يحد القاذف ولو كان المقذوف ميتاً فحياة المقذوف ليست شرطاً

---

(١) انظر ص ١٢٧ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢٣٠ المغنى على الشرح الكبير ، وانظر ص ٢١٧ من المغنى جزء ١٠ .

« وإن قذف مجهولا وادعى أنه رقيق أو مشرك وقال المقذوف بل أنا حر مسلم فالقول قوله : وقال أبو بكر القول قول القاذف فى الرق لأن الأصل براءة ذمته من الحد وهو يدرأ بالشبهات وما ادعاه محتمل فيكون شبهة وعن الشافعى كالوجهين . لنا أن الأصل الحرية وهو الظاهر فلم يلتفت إلى ما خالفه كما لو فسر صريح القذف بما يحيله » وانظر ص ١٧٥ من الذخيرة جزء ٨ .

لوجوب العقوبة[1] ووجوب الحد باعتبار إحصان المقذوف والموت يقرر إحصانه ولا ينفيه[2].

وقد اختلف الفقهاء فيمن له حق المطالبة بالحد.

فقال البعض يثبت لمن له حق الميراث منه، وهو قول الشافعي وأحمد[3] ومالك[4] ورواية عن محمد بن الحسن[5] وهو رأى الشيعة.

وقال آخرون يثبت لمن يلحقه الشين والعار بزناه[6].

ولهذا يثبت للمحروم من الميراث بالقتل، ويثبت لولد البنت، كما يثبت لولد الابن، خلافاً لمحمد، ويثبت لولد الابن حال وجود الولد وهو قول الحنفية. وعند الشافعي لا يكون لابنه الكافر لأنه لا يرثه.

كما قال ابن أبي ليلى: الغائب كالميت لأن خصومته تتعذر لغيبته كما هو متعذر لموته.

وقال صاحب المبسوط يستطيع الغائب أن ينيب أو يبعث بوكيل ليخاصم.

---

(١) فلو قال يا بن الزانية وأمه ميتة يحد لأنه قذف محصنة بعد موتها.

(٢) انظر ص ١١٢ جزء ٩ المبسوط.

(٣) انظر ص ٢٥٥ أبو يعلى «وقال أبو بكر الحنبلى فى كتاب الخلاف: ولا يملك الوارث المطالبة كما لو قذف حياً ومات قبل المطالبة».

(٤) انظر ص ٢٠ المدونة جزء ١٦ (قلت أرأيت الميت إذا قذف من يقوم بحده من بعده وله أولاد وأولاد أولاد وآباء وأجداد. قال ما سمعت من مالك فيه شيئاً إلا أنى أرى لولده وولد ولده وأبيه وأجداده لأبنه وأمه أن يقوموا بذلك. قلت أرأيت إن لم يكن لهذا الميت المقذوف وارث ولا قرابة فقام بحده رجل من المسلمين أيمكن من ذلك أم لا. قال «لا»).

(٥) انظر ص ١٩٥ فتح القدير جزء ٤، ٢٧٥ المهذب جزء ٢، ٢٩٤ حاشية الدسوقى جزء ٤ وانظر ص ٢٩٩ المختصر النافع للحلى.

(٦) انظر ص ٧٢ الدرر الحكام جزء ٢ لمنلا خسرو، وانظر ٢٠٢ حاشية الشلبى على الزيلعى، وانظر تفاصيل الموضوع بأكمله فى المبسوط ص ١٠٢ جزء ٩ وما بعدها.

فإن مات المقذوف بعد ما ضرب القاذف بعض الحد فإنه لا يقام عليه ما بقى من الحد[1] وكذلك إن غاب بعد ما ضرب بعض الحد لم يتم إلا وهو حاضر . كما لو عمى الشهود أو فسقوا بعد ما ضرب بعض الحد يدرأ عنه ما بقى[2] .

فإذا جن من له الحد لم يكن لوليه أن يطالب باستيفائه لأنه حق يجب للمتشفى فأخر لإفاقته[3] .

قذف الجماعة :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد ومالك والثورى والليث : إذا قذفهم بقول واحد فعليه حد واحد، وقال ابن أبى ليلى إذا قال لهم يا زناة فعليه حد واحد وإن قال لكل إنسان يا زانى فلكل إنسان حد وهو قول الشعبى .

---

(١) انظر ص ٢٠٣ (الزيلعى جزء ٣) « ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو يعنى حد القذف يبطل بموت المقذوف ولا يبطل بالرجوع عن الإقرار ولا بالعفو وكذا بموته فى أثناء الحد يبطل لأن فيه حق الله تعالى وحق العبد فالنظر إلى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر إلى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود . وإنما قلنا بأن فيه الحقين لأنه من حيث أنه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقذوف وهو الذى ينتفع به على الخصوص صار حقاً للعبد ومن حيث أنه شرع زاجراً وإخلاء للعالم عن الفساد صار حقاً لله تعالى ولهذا سمى حداً فلما تعارضت فيه الأدلة تعارضت فيه الأحكام أيضاً فمن حيث أنه حق الله تعالى لا يباح القذف بإباحته ويستوفيه الإمام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه ، ويتنصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل إلى أن يثبت ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل ويشترط فيه إحصانه ومن حيث أنه حق العبد تشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضى بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع فيه عن الإقرار . فإذا تعارض فيه الحقان كان المغلب فيه حق الله عندنا . وعند الشافعى حق العبد لحاجتين . . » وانظر ص ١٤٤ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ١١٤ المبسوط جزء ٩ .

(٣) انظر ص ٢٧٥ المهذب جزء ٢ .

وقال عثمان البتي إذا قذف جماعة فعليه لكل واحد حد، وإن قال لرجل زنيت بفلانة فعليه حد واحد لأن عمر ضرب أبا بكرة وأصحابه حداً واحداً ولم يحدهم للمرأة، وقال الأوزاعي إذا قال يا زاني ابن زان فعليه حدان، وإن قال لجماعة إنكم زناة فحد واحد، وقال الحسن بن صالح إذا قال من كان داخل هذه الدار فهو زان ضرب لمن كان داخلها إذا عرفوا .

وقال الشافعي فيما حكاه المزني عنه إذا قذف جماعة بكلمة واحدة فلكل واحد حد ، وإن قال لرجل واحد يابن الزانين فعليه حدان .

وقال الجصاص : إن قاذف جماعة من المحصنات لا يجلد أكثر من ثمانين ومن أوجب على قاذف جماعة المحصنات أكثر من حد واحد فهو مخالف لحكم الآية « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة »(١).

اللعـــان :

كان حد قاذف الأجنبيات والزوجات الجلد ، والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء : « ائتني بأربعة يشهدون وإلا فحد في ظهرك . » وقال الأنصار أيجلد هلال بن أمية وتبطل شهادته في المسلمين ؟

فثبت بذلك أن حد قاذف الزوجات كان كحد قاذف الأجنبيات .

وقد نسخ عن الأزواج الجلد باللعان لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين نزلت آية اللعان « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم » (الآيات) ائتني بصاحبتك فقد أنزل الله فيك قرآناً ولاعن بينهما .

وعلى ذلك إن كان المقذوف الزوجة والقـــاذف زوجها يحـــد إلا أن يلاعن منها .

---

(١) انظر ص ٢٣١ جزء ٣ الجصاص .

واللعان أن يقول فى مكان عام أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا بفلان وأن هذا الولد من زنى وما هو منى ، إن أراد أن ينفى الولد ويكرر ذلك أربعاً .

ثم ، وفى الخامسة لعنة الله على إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا بفلان إن كان ذكر الزانى بها وإن هذا الولد من الزنا وما هو منى .

فإذا قال هذا فقد أكمل لعانه وسقط حد القذف عنه ووجب حد الزنا على زوجته .

إلا أن تلاعن فتقول : أشهد بالله أن زوجى هذا لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا بفلان وأن هذا الولد منه وما هو من زنا (تكرر ذلك أربعاً) .

ثم تقول فى الخامسة،وعلى غضب الله إن كان زوجى هذا من الصادقين فيما رمانى به من الزنا بفلان[١].

فإذا أكملت هذه سقط حد الزنا عنها وانتفى الولد عن الزوج ووقعت الفرقة بينهما وحرمت عليه على الأبد .

أما إذا كان المقذوف الزوج والقاذف زوجته ، تحد ولا تلاعن .

واللعان مصدر مأخوذ من اللعن أى البعد . وأصل اللعن الطرد والإبعاد قال الله تعالى « ويلعنهم اللاعنون » قال المفسرون أى يطردهم ويبعدهم عن رحمته[٢]. وشرعاً كلمات مخصوصة جعلت حججاً أى جعلها الله حجة لأن كل كلمة من الكلمات الأربع بمنزلة شاهد . فالكلمات الأربع بمنزلة الشهود الأربعة الذين هم حجة فى الزنا ونحوه[٣].

فالزوج يبتلى بقذف امرأته لدفع العار الذى ألحقته به،والنسب الفاسد إن كان هناك ولد ينفيه . وقد يتعذر عليه إقامة البينة فجعل اللعان بينة له

(١) فإذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان لحق به الولد وحد للقذف ولم تحل له الزوجة عند الشافعى وأبى حنيفة . انظر ص ٢٢١ الماوردى .

(٢) انظر ص ١٩٧ الباجورى جزء ٢ .

(٣) انظر ص ١١٨ المهذب جزء ٢ .

وإن تيسرت له البينة لأن الشأن أن لا يجد بينة[1] وقال ابن شبرمة يلاعن المسلم زوجته اليهودية إذا قذفها . وقال ابن وهب عن مالك ، الأمة المسلمة والحرة والنصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم . وكذلك العبد يلاعن زوجته اليهودية .

والمحدود فى القذف يلاعن . وإن كان الزوجان جميعاً كافرين فلا لعان بينهما . والمملوكان المسلمان بينهما لعان .

وقال الأوزاعى لا لعان بين أهل الكتاب ولا بين المحدود فى القذف وامرأته . وقال الليث بن سعد[2] فى العبد إذا قذف امرأته الحرة أنه يلاعنها .

والقذف الذى يوجب اللعان هو رمى الزوجة بالزنا أو بنفى الولد وقد اختلف الفقهاء فى صفة القذف الموجب للعان .

فقال أبو حنيفة والصاحبان وزفر والشافعى إذا قال لها يا زانية وجب اللعان . وعلى هذا الرأى يلاعن الأعمى إذا قذف امرأته وقال مالك بن أنس والليث بن سعد يلاعن إلا أن يقول رأيتك تزنين أو ينفى ولداً منها ومع ذلك فعندهما يلاعن الأعمى[3] .

ولو قذف امرأته مراراً يكفى لعان واحد كالحد، بخلاف ما إذا قذف جماعة من نسائه بكلمة واحدة أو كلمات حيث يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف الحد . والفرق أن المقصود يحصل بحد واحد وهو دفع العار عن المقذوفين ولا يحصل فى اللعان لأنه يتعذر الجمع فى كلمات اللعان وقد يكون

---

(١) انظر ص ١١٩ المهذب جزء ٢ « إن الزوج إن قدر على البينة ولا عن جاز لأنهما بينتان فى إثبات حق فجاز إقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى » .

(٢) الليث بن سعد هو فقيه مصر وعالمها . ولد بقلقشنده قرية بمصر سنة ٩٤ هـ رحل لطلب العلم إلى مكة وبيت المقدس وبغداد . وتقابل مع تسعة وخمسين تابعياً حدث عنهم . وكان يكاتب الإمام مالك بالمدينة فى مسائل الفقه والتشريع عرض عليه المنصور أن يكون والياً على مصر فأبى توفى بمصر سنة ١٧٥ هـ .

(٣) انظر ص ٣٥٥ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

بدأ به فى الآية وبدأ به الرسول فى لعان هلال بن أمية ولأن لعانه بينة الإثبات ولعان المرأة للإنكار وتقدم بينة الإثبات .

٢ ــ آثار اللعــان :

١ ــ سقوط الحد :

فإن لاعن الزوج سقط عنه ، ما وجب بقذفه من الحد ، والدليل على ذلك ما روى عبدالله بن عباس فى حادث هلال بن أمية أن الرسول قال : « أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً » .

٢ ــ نفى النسب :

فينتفى عنه الولد لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رجلا لاعن امرأته فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وانتفى عن ولدها ففرق الرسول بينهما وألحق الولد بالمرأة .

٣ ــ حد الزنا :

ويجب على المرأة حد الزنا لأنه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد كالشهادة،ولا يجب على الرجل الذى رماها به حد الزنا لأنه يصح منه درء الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان .

وللمرأة أن تدرأ عنها حد الزنا باللعان لقوله تعالى « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين » ولا تذكر المرأة النسب فى اللعان لأنه لا دخل لها فى إثبات النسب أو نفيه(١).

٤ ــ الفرقة بعد اللعان :

قال أبو حنيفة والصاحبان لا تقع الفرقة بين الزوجين بعد اللعان حتى يفرق بينهما القاضى

وقال مالك وزفر والليث بن سعد إذافرغا من اللعان وقعت الفرقة وإن لم يفرق بينهما القاضى .

---

(١) انظر ص ١٢٧ المهذب جـ ٢ .

وعن الثورى والأوزاعى : لا تقع الفرقة بلعان الزوج وحده .

وقال عثمان البتى : إن الملاعنة لا توجب الفرقة ويلزم الطلاق .

وقال الشافعى : إذا أكمل الزوج الشهادة والالتعان فقد زال الفراش ولا تحل له أبداً التعنت أو لم تلتعن .

ورأى عثمان البتى والشافعى انفردا بهما عن سائر الفقهاء(1).

وإن أبت الزوجة حبست حتى تلاعن أو تصدقه لأنه حق مستحق عليها وهى تقدر على إيفائه فتحبس حتى توفى أو تصدقه فيرتفع السبب .

وقال الشافعى إذا امتنع الزوج من اللعان يحد لأنه وجب عليه الحد بالقذف إلا أن يتمكن من رفعه باللعان تخفيفاً عليه فإذا لم يدفع يحد، وكذا المرأة إذا أبت تحد حد الزنا لأن الزوج أوجب عليها الحد بلعانه ولكن تتمكن من رفعه باللعان(2).

الركن الثالث – **القصد الجنائى :**

فى الفقه الغربى :

الأصل أن القذف يعاقب عليه ولو كانت الواقعة المسندة للمقذوف فى حقه صحيحة وثابتة . وسواء كان الباعث على القذف خبيثاً أو شريفاً . والقانون لا يتطلب فى جريمة القذف قصداً جنائياً خاصاً ، بل يكتفى بتوافر القصد الجنائى العام الذى يتحقق فيها متى نشر القاذف أو أذاع الأمور المتضمنة للقذف وهو عالم أنها لو كانت صادقة لأوجبت عقاب المقذوف فى حقه أو احتقاره عند الناس .

ولا يؤثر فى توافر هذا القصد أن يكون القاذف حسن النية أى معتقداً

---

(1) انظر ص ٣٦٧ الجصاص فى أحكام القرآن جزء ٣ .

وقال أبو بكر الرازى قول الشافعى خارج ليس له فيه سلف . وقال الطحاوى قول الشافعى خلاف القرآن والحديث (انظر ص ١٨ جزء ٣ الزيلعى) .

(2) انظر ص ١٦ جزء ٣ الزيلعى .

صادقاً فى البعض دون البعض فلا بد من اللعان مع كل واحدة ليحصل المقصود به وهو التفريق[1].

١ – شروط اللعان :

للعان جملة شروط نذكرها بوجه الإجمال :

١ – أن يكون الزوج الملاعن بالغاً عاقلا مختاراً . ولا يلزم أن يكون مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً لقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم » . ولأن اللعان لدرء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب ، فالكافر كالمسلم والعبد كالحر فى ذلك .

وأما الصبي والمجنون فلا يصح لعانهما لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبي والمجنون كالطلاق .

وأما الأخرس فإنه إن لم يكن له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة فلا يصح لعانه ، فإن كانت له إشارة أو كتابة مفهومة صح لعانه لأنه أصبح معبراً كالناطق[2].

٢ – أن يكون اللعان بأمر الحاكم لأنه كاليمين فى الدعوى فلا يصح إلا بأمر الحاكم[3].

٣ – أن يكون اللعان بحضرة شهود أربعة ، ويبدأ به الزوج لأن الله تعالى

---

(١) انظر ص ١٤ جزء ٣ حاشية الشلبى على الزيلعى .

(٢) وإن كانت الزوجة أمة أو ذمية أو صغيرة فقذفها عزر ولا يحد وله أن يلاعن لدرء التعزير لأنه تعزير قذف .

فإن كانت الزوجة صغيرة لا يوطأ مثلها فقذفها عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لأنه ليس بتعزير قذف وإنما هو تعزير على الكذب لأن الصغيرة التى لا توطأ لا يتصور منها الزنى وهى لا تحد أصلا . انظر ص ١١٩ المهذب . جزء ٢ .

ويلاحظ هذا التفصيل فى إشارات الأخرس لأن اللعان لإسقاط الحد لا لوجوبه وإثباته – أما فيما سبق فلم تراع إشارة الأخرس لأنها كانت لإثبات الحد ووجوبه . ومع ذلك نرى الحنفية يقولون إنه لا لعان بقذف الأخرس . كذلك إذا كانت هى خرساء لأن قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه ورأى الشافعية هو الذى يتمشى مع المنطق (انظر ص ٢٠ الزيلعى جزء ٣) .

(٣) انظر ص ١٢٧ المهذب جزء ٢ .

صحة ما رمى المجنى عليه به من وقائع القذف[1].

وفى جريمة السب فإن القصد الجنائى يتوافر من مجرد إسناد العبارات البذيئة إلى المجنى عليه ولا يغنى دفاع المتهم بأنه لا يحمل ضغينة للمجنى عليه أو يرجو ثمرة خاصة من ورائه إذ لا عبرة بالبواعث فى هذا الشأن[2].

أما القصد الجنائى فى جرائم الإهانة فيتحقق متى كانت العبارة بذاتها تحمل معنى الإهانة؛ فمجرد توجيه العبارات المهينة عمداً مهما كان الباعث على توجيهها يوجب العقوبة .

فى الفقه الإسلامى :

رأينا أن التشريع الإسلامى لا يعاقب على هذه الجرائم إلا إذا كانت قذفاً بالزنا أو بنفى النسب وخلاف ذلك من الجرائم يعاقب عليه بالتعزير لا بالحد أى يعاقب عليه بعقوبات غير محددة على ما يرى القاضى خلافاً للقذف الذى يعاقب عليه بثمانين جلدة .

والتشريع الإسلامى يستلزم توافر القصد الجنائى العام كما رأينا فى الفقه الغربى ؛ نلاحظ ذلك من استقراء النصوص الخاصة بهذا الموضوع .

ورد فى المهذب للشيرازى :

« ومن لا يجب عليه الحد لعدم إحصان المقذوف أو للتعريض بالقذف من غير نية — عزر ، لأنه آذى من لا يجوز أذاه »[3].

كما ورد فى نفس المرجع .

« ولا يجب الحد إلا بصريح القذف أو بالكناية مع النية كقوله يا فاجر — فإن نوى به القذف وجب الحد »[4].

---

(١) انظر ص ١٤١ المسئولية الجنائية للدكتور محمد مصطفى القللى .

(٢) انظر حكم محكمة جنايات مصر الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ٤٧ القضية ٥٤٩ - ٤٦ الموسكى

(٣) انظر ص ٢٧٤ المهذب جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٢٧٣ المهذب جزء ٢ .

وورد فى الزيلعى :

ولو قال زنأت فى الجبل وعنى الصعود حد، لأن ظاهر هذا اللفظ الفاحشة لا الصعود وإن كان يستعمل فيها فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر الجبل وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف .

وقال محمد والشافعى رحمهما الله لا يحد لأنه نوى ما يحتمله لفظه[1].

المبحث الثانى

الإثبات فى القذف

يثبت القذف على القاذف بالشهادة وبالإقرار .

الإثبات بالبينة :

يثبت بشهادة رجلين[2]. واختلف فى مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين ، وبشهادة النساء[3].

قال الكمال بن الهمام « ويسألها القاضى ما هو وعن خصوص ما قال . ولا بد من اتفاقهما على اللغة التى وقع بها إذ لو اختلف فيها بطلت الشهادة وكذا الاتفاق على زمان القذف »[4].

فإن لم يعرف القاضى شهود القذف بالعدالة حبس القاذف حتى يسأل عنهم لأنه صار متهماً بارتكاب جريمة القذف وهو كما قلنا نوع من الحبس الاحتياطى .

فإن أقام المدعى شاهداً واحداً وأورى أن شاهده الآخر سيحضره فى يومين أو ثلاثة يحبسه القاضى لحين إحضاره عند أبى حنيفة ؛ وعند الصاحبين يأخذ منه كفيلا بنفسه ولا يحبسه لأن أبا حنيفة لا يرى الكفالة بالنفس فى الحد[5].

---

(١) انظر ص ٢٠٤ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ١٦٥ الخراج .

(٣) انظر ص ٣٧٠ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٢ ، ١٢٧ المبسوط جزء ٩ .

(٥) انظر ص ١٠٧ المبسوط جزء ٩ ، ص ١١٥ نفس المرجع .

فإن جاء المقذوف بشاهدين فشهدا أنه قذفه سئلا عن ماهيته وكيفيته لأنهم شهدوا بلفظ مبهم ، فالقذف قد يكون بالزنا وقد يكون بغير الزنا فإن لم يزيدوا على ذلك لم تقبل شهادتهم لأن المشهود به غير معلوم ولا يتمكن من القضاء بالمجهول .

فإن قالا نشهد أنه قال يا زانى قبلت شهادتهما وحد القاذف إن كانا عدلين لأنهما شهدا بالقذف بالزنا وهو موجب للحد بالكتاب والسنة .

فإذا اختلف الشاهدان فى الوقت أو المكان لم تبطل شهادتهما فى قول أبى حنيفة . وعلى قول الصاحبين لا يحد القاذف بهذه الشهادة[1] ولا يقبل فيه شهادة النساء على النساء[2] ولا شهادة النساء على الرجال[3]، ولا يقبل فى القذف كتاب القاضى إلى القاضى ولا الشهادة على الشهادة .

ولو ادعى القاذف أن المقذوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز . وكذلك الشهادة على الشهادة . وكتاب القاضى إلى القاضى لأن الشهادة ههنا قامت على إسقاط الحد لا على إثباته والشبهة تمنع من إثبات الحد لا من إسقاطه[4].

وإنما إن قذف رجل رجلا أمام القاضى فللقاضى أن يحده وإن لم يشهد به غيره إنما يشترط أن يكون ذلك أمامه .

فإن علمه القاضى قبل أن يعين للقضاء ثم ولى القضاء ليس له أن يقيم الحد حتى يشهد به غيره[5].

وإذا سمع السلطان رجلا يقول زنى رجل لم يقم عليه الحد لأن المستحق مجهول . ولا يطالبه بتعيينه لقوله عز وجل : « لا تسألوا عن أشياء إن

---

(١) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٢ ، انظر ص ١٩٩ الزيلعى جزء ٣ ، ١٠٨ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٣ .

(٣) انظر ص ١١٦ المبسوط جزء ٩ .

(٤) انظر ص ٤٦ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٥) انظر ص ٢٠٣ حاشية الشلبى على الزيلعى جزء ٣ .

تبدلكم تسؤكم » . وإذا سمع السلطان رجلا يقول زنى فلان، ففى ذلك وجهان:

١ ــ أنه يلزمه أن يسأل المقذوف فإن كذبه وطالب بالحد حد . وإن صدقه حد المقذوف .

٢ ــ أنه لا يلزم الإمام إعلامه لقول الرسول « ادرءوا الحدود بالشبهات »

ويرى مالك فى هذه الحالة أنه لا يجوز للقاضى ذلك إذا لم يكن شاهد غيره . وإذا كان معه شاهد آخر أيضاً لم يقم الحد هو . ولكن يرفع ذلك إلى من هو فوقه فيقيم الحد[١].

روى أن عمر بن الخطاب فى أيام خلافته رأى رجلا وامرأة على فاحشة فجمع الناس وقام فيهم خطيباً وقال : ما قولكم إذا رأى أمير المؤمنين رجلا وامرأة على فاحشة ؟ فقام على بن أبى طالب وأجابه بقوله : « يأتى أمير المؤمنين بأربعة شهداء أو يجلد حد القذف ويصبح ساقط الشهادة إذا صرح باسمى من رآهما شأنه فى ذلك شأن سائر المسلمين . فسكت عمر ولم يعين شخص من رآهما[٢].

ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا فى مكان القذف أو زمانه فإن شهد أحدهما أنه قذف فى مكان كذا وشهد الآخر أنه قذف فى مكان آخر أو شهد أحدهما أنه قذف يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذف يوم الجمعة، قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبى حنيفة وهو رأى المالكية[٣] .

أما عند الصاحبين فلا تقبل هذه الشهادة .

ووجه قول أبى حنيفة أن اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز أنه كرر القذف الواحد فى مكانين وزمانين لأن القذف من باب الكلام . والكلام مما يحتمل التكرار والإعادة . والمعاد عين

---

(١) انظر ص ٢٧٦ المهذب جزء ٣ ، ٣٠ المدونة جزء ١٦ .
(٢) انظر ص ١٥٧ من كتاب حقوق الإنسان فى الإسلام للدكتور على عبد الواحد وافى .
(٣) انظر ص ٢٩٠ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٤ .

الأول حكماً وإن كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين[1].

ووجه قول الصاحبين أنهما شهدا بقذفين مختلفين لأن القذف فى هذا المكان والزمان يخالف القذف فى مكان آخر وزمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذى شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت .

شهادة المحدود فى القذف :

وقد اختلف الفقهاء فى شهادة المحدود فى القذف بعد التوبة .

(١) فقال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والثورى والحسن بن صالح لا تقبل شهادته إذا تاب وتقبل شهادة المحدود فى غير القذف إذا تاب .

(٢) وقال مالك وعثمان البتى والليث والشافعى تقبل شهادة المحدود فى القذف إذا تاب .

وقال الأوزاعى لا تقبل شهادة محدود فى الإسلام[2].

(٣) والسبب فى اختلافهم هو : هل الاستثناء « إلا الذين تابوا » يعود إلى الجملة المتقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور . وذلك فى قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا » فمن قال يعود إلى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ، ومن رأى أن الاستثناء يتناول الأمرين جميعاً قال ، التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد[3].

---

(١) انظر ص ٥٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٣٣٦ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ وانظر ص ١٦٦ الخراج فيمن تاب بعد حد القذف .

(٣) انظر ص ٣٧٠ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ وانظر ص ٢٠٦ فتح القدير جزء ٤ .

الإثبات بالإقرار :

كما يثبت القذف على القاذف بالبينة يثبت بإقراره، فمن أقر بالقذف يحد حد القذف .

ومن شروط الإقرار بالقذف :

١ ـ أن يكون صادراً من بالغ عاقل .

٢ ـ أن يكون بالخطاب والعبارة دون الكتابة والإشارة .

ولا يشترط فى الإقرار المذكور :

١ ـ البصر ـ فإقرار الأعمى صحيح .

٢ ـ الحرية أو الذكورة أو الإسلام ـ فإقرار العبد أو الأنثى أو الذمى أو المستأمن صحيح .

٣ ـ العدد ـ فيكفى الإقرار مرة واحدة بإجماع الفقهاء .

٤ ـ مدة معينة ـ فالإقرار يصح ولو مضت عليه مدة طويلة(١).

ولا يقبل من المقر الرجوع عنه عند من يقول بأن حد القذف فيه حق للمقذوف(٢).

فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف .

فإذا ثبت القذف على القاذف يلحقه ثلاثة أحكام :

الأول : جلده ثمانين جلدة .

الثانى : بطلان شهادته .

الثالث : الحكم بتفسيقه إلى أن يتوب .

وقد اختلف الفقهاء إلى رأيين .

---

(١) انظر ص ٥٠ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ١٩٩ فتح القدير جزء ٤ ، ١٠٩ المبسوط جزء ٩ ، ٧٣ منلا خسرو جزء ٢ .

الأول : قال الليث بن سعد والشافعي : تبطل شهادته وتلزمه سمة الفسق قبل إقامة الحد عليه .

الثانى : وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد ومالك : شهادته مقبولة ما لم يحد[1].

ويستدل الحنفية بما رواه عمرو بن شعيب عن أمه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً فى قذف » فأخبر النبي ببقاء عدالة القاذف ما لم يحد .

فإذا أقر القاذف بالقذف أو عجزعن إقامة البينة فى الحال وطلب التأجيل لإحضار الشهود ، يؤجل إلى انتهاء مجلس القاضى ، فإن عجز حد ، وإلا يؤجل ليبعث فى طلب الشهود ويحبسه الإمام حتى حضورهم[2].

تقادم هذه الجريمة :

هذه الجريمة لا تسقط بمضى المدة لأن التأخير عن الشهادة لا يدل على الضغينة والتهمة . فالمقذوف ليس بمخير بين بذل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى ، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه بدعوى القذف فلا يتهم بالتأخير ، فكانت الدعوى صحيحة منه[3].

ولو كان الزنا قد سقط بمضى المدة لعدم الشهادة عليه فى رأى من يقول بذلك ، فلا يحد قاذفه بذلك الزنا إن أحضر الشهود عليه .

ولو زنى رجل ومضت المدة القانونية ولم يحد فى رأى من يقول بالتقادم وقذفه رجل بذلك الزنا وأثبت زناه بالشهود فلا يحد القاذف[4].

---

(١) انظر ص ٣٣٤ جزء ٣ من أحكام القرآن للجصاص .
(٢) انظر ص ٧٤ الدرر الحكام جزء ٣ ، انظر ص ١٩٩ الزيلعى جزء ٣ .
(٣) انظر ص ٤٧ بدائع الصنائع جزء ٧ .
(٤) انظر ص ١٩٩ الزيلعى جزء ٣ .

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي

أولا : إن القذف في التشريع الوضعي شامل القذف بكل الجرائم كالزنا والسرقة والنصب وغير ذلك ، فمن يقول لآخر يا زاني يا نصاب يا مرتشي يعاقب بعقوبة القذف .

أما في التشريع الإسلامي فلا يعاقب بعقوبة القذف إلا من يقذف الآخر بالزنا أو بنفي النسب فقط .

ثانياً : إن القذف في التشريع الوضعي تكتمل أركانه ولو كان القاذف صادقاً، فالقاذف يعاقب بعقوبة القذف ولو كانت الواقعة المسندة للمقذوف في حقه صحيحة وثابتة .

أما في التشريع الإسلامي فالقاذف تدرأ عنه العقوبة إذا أثبت جريمة الزنا على المقذوف . أي أن القاذف لا يعاقب إذا كانت الواقعة المسندة للمقذوف في حقه صحيحة[1].

ولنا ملاحظات ثلاث :

١ ـ أن القذف في التشريع الوضعي يعاقب عليه بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط .

وقد لاحظ المشرع أن هذه العقوبات قد تكون غير زاجرة في بعض الحالات فنهج منهج المشرع الإسلامي في التشديد في العقوبة . فنصت المادة «٣٠٨ عقوبات مصرى» على أنه إذا تضمن العيب أو القذف أو السب الذى

---

(١) ومن قذف الزاني بالزنا ولا حد عليه عندنا « الحنفية » سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهماً وحكى عن إبراهيم وابن أبي ليلى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا أو بالزنا مبهماً فعليه الحد . انظر ص ١١٦ جزء ٩ المبسوط .

ارتكب طعناً فى أعراض العائلات، وجب على القاضى الحكم بالحبس والغرامة معاً على أن لا تقل الغرامة فى حالة النشر فى الصحف أو الطرقات عن مائة جنيه مصرى، وأن لا يقل الحبس عن ستة شهور[1].

٢ - أن القذف فى التشريعين يجب أن يكون علانية، فقد نصت على ذلك المادة «٣٠٣ عقوبات مصرى» كما رأينا ذلك فى هذا البحث فى الفقه الإسلامى.

٣ - إن قانون الإجراءات الجنائية ينص فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه على أنه لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه، أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة، أو إلى أحد مأمورى الضبط القضائى فى الجرائم المنصوص عليها فى بعض المواد، وذكرت من ضمنها مواد القذف.

كذلك الحال فى الفقه الإسلامى، لا يجوز للإمام أن يعاقب القاذف إلا إذا رفعت إليه الدعوى من المجنى عليه أو من وكيله فى قول بعض الفقهاء.

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد والأوزاعى والشافعى لا يحد إلا بمطالبة المقذوف.

وقال ابن أبى ليلى يحده الإمام وإن لم يطالب المقذوف.

وقال مالك لا يحده الإمام حتى يطالب المقذوف إلا أن يكون الإمام سمعه يقذف فيحده إذا كان مع الإمام شهود عدول[2].

---

(١) انظر ص ٤٨٧ من كتاب التشريع وأحكام القضاء.

(٢) انظر ص ٧١ منلا خسرو جزء ٢، انظر ص ٣٣٣ جزء ٣ أحكام القرآن للجصاص

الفصل الرابع

جريمة شرب الخمر

فى الفقه الحديث :

تنص المادة ٣٨٥ فقرة ثانية على عقاب من وجد فى حالة سكر بين فى الطرق العمومية أو فى المحلات العمومية بغرامة لا تتجاوز جنيهاً مصرياً أو بالحبس مدة لا تزيد على أسبوع .

كما ينص القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ : على أنه إذا ارتكب قائد أية سيارة أى مخالفة لأحكام القانون وثبت أنه كان فى حالة سكر بين فإنه يعاقب بعقوبة جنحة المرور .

فالقانون الوضعى لا يعاقب على السكر أو شرب الخمر فى ذاته وإنما يعاقب إذا كان ذلك فى الطرق العمومية أو فى المحلات العمومية فقط . فهو يخشى ما يمكن أن يحدث ويخل بالأمن نتيجة السكر البين .

كما أن المشرع راعى المصلحة العامة عندما شدد العقاب على من يرتكب مخالفة وهو يقود سيارة وهو على درجة من السكر قد تفقده وعيه وتضر بالآخرين .

فى الفقه الإسلامى :

تدرج المشرع الإسلامى فى تحريم شرب الخمر إلى أن نزلت الآية التى فى سورة المائدة .

« يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم

العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » .

وقد تكلمنا فى هذا الموضوع بتوسع فى بحث سابق لنا ‎(١)‎ .

فنقتصر الآن على بيان الجريمة نفسها . فنتكلم عن أركان الجريمة وكيفية إثبـــاتها .

المبحث الأول

أركان الجريمة :

١ ــ الركن المادى .

٢ ــ شروط فى شارب الخمر .

٣ ــ القصد الجنائى .

الركن الأول ــ **الركن المادى :**

يحسن أن نوجه النظر إلى أن الفقهاء المسلمين اختلفوا فى شرب الخمر إلى مدرستين .

كل مدرسة لها حجج وأسانيد، فالخمر المستخرجة من العنب هى المحرمة باتفاق المدرستين سواء شرب قليلا أو كثيراً ، سكر أم لم يسكر .

والخلاف فى غيرها من المستخرج من غير العنب ــ فشرب القليل منه الذى لا يسكر حلال عند مدرسة أهل العراق، حرام فى رأى مدرسة الحجاز .

وبذلك تكون هناك جريمتان .

١ ــ جريمة شرب الخمر المستخرجة من العنب ــ القليل منه أو الكثير .

٢ ــ جريمة السكر من الأنبذة المستخرجة من غير نبيذ العنب .

وقد وجهنا النظر فى بحثنا للعقوبة فى الفقه الإسلامى إلى كلمة مأثورة عن أبى حنيفة ولا بأس من أن نذكر بها هنا وهى :

---

(١) انظر كتاب العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

« لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتى بحرمته لأن فيه تفسيق بعض الصحابة . ولو أعطيت الدنيا بحذافيرها ما شربته لأنه لا ضرورة فيه » .

ونستطيع أن نقسم المادة المسكرة إلى نوعين :

١ ـ المادة المستخرجة من عصير العنب ـ وشربها محرم بالاتفاق ، القليل والكثير سواء أسكر أو لم يسكر .

٢ ـ المستخرج من التمر والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والذرة ، وشرب القليل الذى لا يسكر مباح فى مذهب أبى حنيفة .

بل يقول صاحب البدائع :

« وأما الأشربة التى تتخذ من الأطعمة كالحنطة والشعير والدهن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا تجب الحد بشربها لأن شربها حلال عندهما . وعند محمد كان حراماً ـ لكن هى حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جناية محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لأن الشرب إذا لم يكن حراماً أصلا فلا عبرة بنفس السكر »[١].

جريمة شرب الخمر :

فشرب الخمر المستخرجة من نبيذ العنب وهو النيىء المشتد من ماء العنب حرام ولو قطرة واحدة منه[٢].

والعقوبة تجب بالشرب وهو لا يكون إلا بالفم إذا وصل إلى الحلق ولو لم يصل إلى الجوف . ولا يكون من الأنف ونحو ذلك ولو وصل إلى الجوف[٣].

ويشترط لوجوب العقوبة بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب . فلو

(١) انظر ص ٤٠ بدائع الصنائع جزء ٧ . وانظر ص ١٨٤ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) وإذا شرب شيئاً يعتقد أنه خمر فتبين أنه غير خمر فلا يحد وعليه إثم الجراءة . وانظر ص ٣١٣ من حاشية الدسوقى على الشرح الكبير .

(٣) انظر ص ٣١٣ المرجع السابق .

خلط الخمر بالماء ثم شرب، نظر ؛ فإن كانت الغلبة للماء لا حد عليه لأن اسم الخمرية يزول عند غلبة الماء . وإن كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد لأن اسم الخمر باق وهى عادة بعض الناس يشربونها ممزوجة بالماء[1]. وعند المالكية هى خمر ما دام يسكر كثيرها .

وإن ثرد فى الخمر أو اصطبغ به أو طبخ به لحماً فأكل من مرقته فعليه الحد لأن عين الخمر موجودة . وكذلك إن عجن به دقيقاً ثم خبزه فأكله لم يحد لأن النار أكلت أجزاء الخمر فلم يبق إلا أثره .

وإن احتقن بالخمر لم يحد لأنه ليس بشرب ولا بأكل . ولأنه لم يصل إلى حلقه فأشبه ما لو داوى به جرحه .

وهناك رواية عن أحمد ، على أن من احتقن به فعليه الحد لأنه أوصله إلى جوفه[2].

وقد جاء فى كتب الفقه الحنفى :

اعلم أن جميع ما يستخرج من الأشربة أربعة :

١ — العنب .

٢ — التمر .

٣ — الزبيب .

٤ — الحبوب كالحنطة والشعير والذرة وغيرها .

واعلم أن للماء المستخرج منها حالتين .

نىء ومطبوخ ، والمطبوخ قد يطبخ حتى يبقى ثلثه وقد يطبخ حتى يبقى ثلثاه وقد يطبخ حتى يبقى نصفه .

والحرام من الأشربة أربعة والحلال أربعة .

---

(١) انظر ص ٤٠ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٣٢٩ المغنى جزء ١٠ .

أما الحرام فهي :

١ – الخمر ، وهي التي من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة أو لم يقذف في رأي الصاحبين .

٢ – الطلاء ، وهو ماء عنب طبخ فذهب أقل من ثلثيه[1].

وقال في المحيط : الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكراً . قال الزيلعي وهو الصواب .

لما روى أن كبار الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يشربون من الطلاء وهو ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه .

٣ – السكر[2] وهو النيء من ماء الرطب ، كذا في الهداية والكافي .

٤ – نقيع الزبيب نيئاً إذا غلت .

فالطلاء والسكر والنقيع تحرم عند أبي حنيفة إذا اشتدت وقذفت بالزبد وعند الصاحبين يكفي الاشتداد كما في الخمر .

أما الحلال فهي :

١ – المثلث العنبي : وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وإن غلى واشتد وسكن من الغليان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند مالك ومحمد والشافعي قليله وكثيره حرام .

سئل أبو حفص الكبير عنه فقال : لا يحل شربه . فقيل خالفت أبا حنيفة وأبا يوسف فقال : لا لأنهما يحلان شربه لاستمراء الطعام . والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي .

٢ – نبيذ التمر والزبيب مطبوخاً أدنى طبخة وإن غلى واشتد وسكن من

---

(١) وفي مختار الصحاح الطلاء ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب ثلثاه . وبعض العرب يسمي الخمر الطلاء تحسيناً لاسمها . وانظر ص ٥٧ من الجزء الثالث من موطأ مالك . لم يبين فيه أنه من العنب ولا من غيره . وفيه أن ذلك في زمن الوباء .

(٢) السكر نوع من الرطب شديد الحلاوة ، والسكر « بفتحتين » هو عصير الرطب إذا اشتد

الغليان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي ومالك حرام .

٣ ــ الخليطان وهو أن يجمع بين ماء التمر والزبيب مطبوخاً أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتد فإنه أيضاً يحل إذا شرب ما لم يسكر بلا لهو وطرب .

٤ ــ نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وإن لم يطبخ .

وقد حصل خلاف بين الحنفية أنفسهم فيما إذا كان يحد الذي يسكر من شرب هذه الأشربة الأربعة الأخيرة وانتهوا إلى رأيين كما ذكرنا(١).

هل الخمر نجسة :

فهم الجمهور من تحريم الخمر ، واستخباث الشرع لها ، وإطلاق الرجس عليها ، والأمر باجتنابها ــ الحكم بنجاستها .

وخالفهم فى ذلك ربيعة والليث بن سعد والمزنى صاحب الشافعى ، وبعض المتأخرين من البغداديين فرأوا أنها طاهرة ، وأن المحرم إنما هو شربها .

وقد استدل سعيد بن الحداد القروى على طهارتها بسفكها فى طرق المدينة قال : ولو كانت نجسة لما فعل ذلك الصحابة رضوان الله عليهم . ولنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه كما نهى عن التخلى فى الطرق .

قال المعارضون : إن الصحابة فعلت ذلك لأنه لم يكن لهم سروب « حفائر تحت الأرض » ولا آبار يريقونها فيها ، إذ الغالب من أحوالهم أنهم لم يكن لهم كنف فى بيوتهم . وقالت عائشة رضى الله عنها إنهم كانوا يتقذرون من اتخاذ الكنف فى البيوت ، ونقلها إلى خارج المدينة فيه كلفة ومشقة ، ويلزم منه تأخير ما وجب على الفور . وأيضاً فإنه يمكن التحرز منها ، فإن طرق المدينة كانت واسعة ولم تكن الخمر من الكثرة بحيث تصير نهراً يعم الطريق كلها ، بل إنما جرت فى مواضع يسيرة يمكن التحرز منها(٢).

---

(١) انظر ص ٨٧ منلا خسرو جزء ٢ .

(٢) انظر ص ٢٨٨ جزء ٦ القرطبى .

جريمة السكر من غير الخمر :

شرب ما سوى الخمر من الأشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب أو التمر أو الزبيب ونحو ذلك . حتى السكر – يعاقب عليه بالحد(١).

ولكن ما هو فيصل التفرقة بين الشرب والسكر . ومتى يعاقب السكران من غير الخمر ؟

قال أبو حنيفة : السكر الذى يجب به الحد على صاحبه أن لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض ولا الفرو من القباء .

وعند الصاحبين أن يهذى مطلقاً ، والمراد به أن يكون غالب كلامه هذياناً فإن كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة .

---

(١) انظر ص ٨٦ منلا خسرو « تنبيه : لم يتعرض المصنف لنوع يسمى العرق يستخرج بالاستقطار من فضلات الخمر ونجاسته معلومة غليظة لأصله . لكن ليس كحرمة الخمر بالنظر لعدم إكفار مستحله وعدم الحد بدون سكر لأنه ليس خمراً فلا يلحق بها من كل وجه فليتأمل فى حكم العرق . ثم رأيت مثل هذا فى شرح النقاية للقهستانى » .

وانظر ص ٣٢٦ الجصاص جزء ١ « قال أبو بكر الجصاص : ويدل على ما ذكرنا من انتفاء اسم الخمر عن سائر الأشربة إلا ما وصفنا ما روى عن ابن عمر أنه قال لقد حرمت الخمر يوم حرمت وما بالمدينة يومئذ منها شىء وابن عمر رجل من أهل اللغة ومعلوم أنه قد كان بالمدينة السكر وسائر الأنبذة المتخذة من التمر لأن تلك كانت أشربتهم ولذلك قال جابر عن عبدالله نزل تحريم الخمر وما يشرب الناس يومئذ إلا البسر والتمر . وقال أنس بن مالك : كنت ساقى عمومتى من الأنصار حين نزل تحريم الخمر فكان شرابهم يومئذ النضيخ فلما سمعوا أراقوها فلما نفى ابن عمر تحريم الخمر عن سائر الأشربة التى كانت بالمدينة دل ذلك على أن الخمر عنده كانت شراب العنب النىء المشتد وأن ما سواها غير مسمى بهذا الاسم ويدل عليه أن العرب كانت تسمى الخمر سبيئة ولم تكن تسمى بذلك الأشربة المتخذة من تمر النخيل لأنها كانت تجلب إليها من غير بلادها .

وانظر ص ٦١ من المدونة جزء ١٦ « قلت أرأيت النبيذ إذا انتبذته أيصح لى أن أجعل فيه العجين أو الدقيق أو السويق أو ما أشبهه ليشتد به النبيذ قليلا أو يتعجل به النبيذ ؟ قال : سألنا مالكاً عنه فأرخص فيه وقال لا أرى به بأساً فسألناه بعد فنهى عنه » .

لأن السكران فى العرف، من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شىء[1].

وعند مالك أن يستوى عنده الحسن والقبيح .

وعند الشافعى وأحمد، السكران هو من يخلط فى كلامه على خلاف عادته فى صفة السكر .

قال الشعرانى :

ووجه قول أبى حنيفة أن من لا يعرف السماء من الأرض أشد سكراً ممن لا يفرق فى الكلام بين الحسن والقبيح كما أن من يخلط فى كلامه فقط أخف سكراً ممن لا يفرق فى الكلام بين الحسن والقبيح، كما أن من يخلط فى كلامه فقط أخف سكراً من قبله فمن تورع فى عدم إقامة الحد إذا لم يصل إلى أعلى الحالات عنده فقد قل تورعه من جهة الغيرة على انتهاك محارم الله، ومن تورع وأقام الحد بوجود أدنى الصفات دون ما فوقها فقد قل تورعه من جهة احترام ذلك المسلم الشارب للمسكر . وإيضاح ذلك أن من لا يعرف السماء من الأرض زال تمييزه بالكلية ومن لا يعرف المرأة من الرجل يدرك الأشخاص ولكن جهل الأوصاف ومن اختلط كلامه يدرك السماء من الأرض ويميز بين الرجل والمرأة ولكن عنده لمحات غيبته فربما كان عنده شعور فى أول كلماته ثم زال قبل أن يتمها، فالأئمة ما بين ناصر لظاهر الشريعة وما بين محترم لذلك المسلم الشارب فلكل وجة ومشهد[2] .

وخلاصة القول فى الخمر :

١ ــ أن الخمر : وهو ما اتخذ من عصير العنب ودخلته الشدة المطربة ــ شربه من الكبائر وموجب للحد ولرد الشهادة إجماعاً ، لا فرق بين كثيره وقليله الذى لا يسكر .

---

(١) قال القاضى أبو الوليد : فلا يحد إلا أن يسكر وقد جالس مالك سفيان الثورى وغيره من الأئمة ممن يرى شرب النبيذ مباحاً فما دعا للحد مع تظاهرهم لشربه ومناظرتهم عليه (لأنهم لم يسكروا) ، انظر ص ٢٨٧ الذخيرة جزء ٨ .

والقباء نوع من الملابس ، وانظر ص ٦٩ جزء ٢ منلا خسرو .

(٢) انظر ص ١٧١ الميزان الكبرى جزء ٢ للشعرانى .

٢ — وأما النبيذ : وهو ما اتخذ من ماء الزبيب أو البلح مثلا ودخلته الشدة المطربة — فشرب القدر المسكر منه كبيرة وموجب للحد وترد به الشهادة إجماعاً .

٣ — وأما شرب القدر الذى لا يسكر من النبيذ لقلته فاختلف فيه :

(أ) قال مالك : إنه كبيرة ، وموجب للحد ، ولرد الشهادة .

(ب) وقال الشافعى وبعض المالكية : إنه صغيرة ؛ لا يوجب حداً ولا ترد به الشهادة .

(ج) وعند أبى حنيفة : لا إثم فى شربه ؛ بل هو جائز فلا حد فيه ولا ترد به الشهادة ، فإذا كان لا يسكر الشخص إلا أربعة أقداح ؛ فلا يحرم عنده إلا القدح الرابع .

(د) قيد بعض الحنفية جواز شرب القليل الذى لا يسكر بما إذا كان الشرب للتقوى على الجهاد ونحوه لا لمجرد اللهو[1].

الركن الثانى — **شروط فى شارب الخمر :**

يشترط فى المتهم شروط نذكرها :

١ — العقل :

٢ — البلوغ :

فلا حد على المجنون والصبى الذى لا يعقل ففعلهما لا يوصف بالجناية .

٣ — الإسلام :

فلا حد على الذمى والحربى المستأمن بالشرب ولا بالسكر فى ظاهر الرواية . لأن شرب الخمر مباح عند أهل الذمة . وعن الحسن بن زياد أنهم إذا شربوا وسكروا يحدون لأجل السكر لا لأجل الشرب لأن السكر حرام فى الأديان كلها

(١) انظر هذه الخلاصة فى الدسوقى على الشرح الكبير ص ٣١٣ جزء ٤ .

٤ ــ الاختيار :

فمن شرب مكرهاً أو مضطراً فلا حد عليه ولا إثم سواء أكره بالوعيد أو الضرب إلى شربها بأن يفتح فوه وتصب فيه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» . وكذلك المضطر إليها لدفع غصته به إذا لم يجد ماء سواها فإن الله تعالى قال فى آية التحريم «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه» .

وإن شربها للعطش، نظرنا : فإن كانت ممزوجة بما يروى العطش أبيحت لدفعه عند الضرورة كما تباح الميتة عند المخمصة ، وإن شربها صرفاً أو ممزوجة بشيء يسير لا يروى من العطش أو شربها للتداوى لم يبح له ذلك وعليه الحد .

وقال أبو حنيفة يباح شربها لهما .

وللشافعية وجهان كالمذهبين : ووجه ثالث ؛ يباح شربها للتداوى دون العطش لأنها حال ضرورة[1] .

٥ ــ ولا يشترط :

(أ) الذكورة : فيجب الحد على الذكر والأنثى .

(ب) الحرية : وحد الرقيق يكون على النصف من حد الحر[2] .

الركن الثالث ــ **القصد الجنائى :**

يشترط لوجوب الحد أن يكون الشارب قاصداً الشرب أو السكر فإن كان لا يعلم أنه مسكر من النبيذ وكان قد شربه طوعاً فلا يعاقب بالحد لأن السكر من المباح لا يوجب الحد[3] .

وقد ورد فى الشرح الكبير على المغنى :

«ويشترط لوجوب الحد على من شربها أن يعلم أن كثيرها يسكر» .

---

(١) انظر ص ٣٣٠ المغنى جزء ١٠ . والمالكية لا تبيح الخمر إلا للغصة فقط .

(٢) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٨٣ فتح القدير جزء ٤ .

لم يعلم فلا حد عليه لأنه غير عالم بالتحريم ولا قصد ارتكاب المعصية بها فأشبه من زفت إليه غير امرأته . وهذا قول عامة أهل العلم، فأما من شربها غير عالم بتحريمها فلا حد فيه أيضاً لأن عمر وعثمان قالا: لا حد إلا على من علمه، ولأنه غير عالم بالتحريم أشبه من لم يعلم أنها خمر . ومتى ادعى الجهل بتحريمها وكان ناشئاً ببلد المسلمين لم تقبل دعواه لأن هذا لا يكاد يخفى على مثله فلم تقبل دعواه فيه . وإن كان حديث عهد بالإسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة عن البلد قبل منه لأنه يحتمل ما قاله »(١).

فإن ظن شخص أن شراباً معيناً غير مسكر فشربه لم يحد وإن سكر، كما لو وطىء أجنبية يظنها امرأته لا يحد(٢).

المبحث الثانى

الإثبات فى جريمة شرب الخمر

تثبت هذه الجريمة كغيرها من الجرائم بأمرين :

١ – شهادة الشهود .

٢ – بالإقرار .

شهادة الشهود :

يشهد رجلان عدلان أنه شرب الخمر، وشهادة النساء مع الرجال لا تقبل لأنها مورثة للشبهة – فإن شهدا بالشرب فقط يأمر القاضى باستنكاهه . فيستنكهه ويخبره بأن ريحها موجودة . فإن زالت لبعد الطريق لا بد أن يشهدا

(١) انظر ص ٣٣٤ الشرح الكبير على المغنى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ٢٨٨ الذخيرة جزء ٨ مخطوط ، وانظر ص ٣٣٢ الشرح الكبير على المغنى جزء ١٠ .

« وإن وجد سكران أو تقيأ الخمر فعن أحمد لا حد عليه لاحتمال أن يكون مكرهاً أو لم يعلم أنها تسكر وهذا مذهب الشافعى » .

وورد فى الحلى الشيعى ص ٣٠ « ويسقط الحد عمن جهل المشروب أو التحريم » .

بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجودة(١).

ويسأل القاضى الشهود عن الخمر ما هى ثم يسألهم كيف شرب لاحتمال الإكراه . وأين شرب لاحتمال أنه شرب فى دار الحرب(٢).

كما أنه لا حد على من توجد منه رائحة الخمر لأن وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز أنه تمضمض بها ولم يشربها أو شربها من إكراه أو مخمصة ، وكذلك من تقيأ خمراً لما ذكرنا(٣).

وإن شهد اثنان أن الذى به رائحة خمر واثنان أنها ليست رائحة خمر حد وهذا عند المالكية(٤)وهو رأى غريب فالحدود تدرأ بالشبهات وفى اختلاف الشهود شبهة ؛ لأن المثبت يقدم على النافى فليس الاختلاف هنا شبهة عندهم تدرأ الحد . ولو شهد واحد بشربها وآخر بتقيئها حد الشارب(٥).

الإثبات بالإقرار :

إقرار الشخص حجة عليه . وهل يكفى الإقرار مرة واحدة ؟

يرى أبو حنيفة ومحمد أنه يكفى الإقرار الواحد لوجوب الحد لأنه حد لا يتضمن إتلافاً فأشبه حد القذف(٦). ومثل ذلك عن المالكية .

---

(١) انظر ص ١٩٥ الزيلعى جزء ٣ حاشية الشلبى ، ١٧٨ فتح القدير جزء ٤ .
« الحد لا يجب عند أبى حنيفة وأبى يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فيلزم أن يشهدوا أنه سكر من غير الخمر مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر » .
وانظر ص ٣٠٠ المختصر النافع للحلى « ويثبت بشهادة عدلين أو الإقرار مرتين من مكلف حر مختار » .

(٢) انظر ص ٧٠ حاشية الشرنبلالى على منلا خسرو جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٤٠ البدائع جزء ٧ .

(٤) انظر ص ٢٨٦ الذخيرة جزء ٨ ، ٣٨٥ من الشرح الصغير جزء ٢ ، الكبير ٣١٤ جزء ٤ .

(٥) انظر ص ٣٠٠ الحلى وهو رأى الشيعة . والمالكية ٣١٤ كبير جزء ٤ ، ٣٨ صغير ٢

(٦) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

وعن أبي يوسف وزفر أنه يشترط أن يقر مرتين في مجلسين اعتباراً بعدد الشهود(١). وكذلك عند الشيعة .

والأخرس لا يحد بإشارته بشربه .

ويسأل القاضي المقر عن الخمر ما هي وكيف شربها وأين شربها ؟ .

وإذا رجع المقر عن إقراره قبل رجوعه لأنه خالص حق الله فيقبل الرجوع فيه كسائر الحدود ، وهذا لأنه يحتمل أن يكون صادقاً فصار شبهة والحدود تدرأ بها .

وأما إذا أقر بحد وهو سكران فلا يقبل لأن الإقرار يحتمل الكذب . وفي إقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرىء بالشبهات مثل الزنا والشرب ، إلا أنه يقبل إقراره في السرقة في حق المال لأنه من حقوق العباد . ولأن السكران لا يكاد يثبت على شيء فأقيم السكر مقام الرجوع فيما يحتمل الرجوع ؛ بخلاف الإقرار بحد القذف وغيره من حقوق العباد لأنه لا يحتمل الرجوع(٢).

والإقرار بالشرب لا يبطله التقادم عند محمد كما لا يبطله في حد الزنا بالاتفاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يبطله التقادم كما تبطل الشهادة .

وقد رجح الزيلعي والكمال بن الهمام رأي محمد .

والتقادم في رأي محمد مقدر بستة أشهر ، أو مفوض إلى رأي القاضي ، أو بشهر ، وعند أبوحنيفة وأبو يوسف هو بزوال الرائحة(٣).

---

(١) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٩٧ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبي ص ١٩٦ وانظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٩٦ الزيلعي جزء ٣ ، ١٧٩ فتح القدير جزء ٤ « وإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها أو ذهب السكر من غيرها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أن هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد باعتبار حد الزنا أي ستة أشهر أو مفوض إلى رأي القاضي أو بشهر وهو المختار » .

وعند بعض الحنفية أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها . واشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما رواه عبد الرازق عن سفيان الثورى . وقد استبعده بعض أهل العلم(١).

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها إذا لم يشاهد منه الشرب أو يقر على نفسه لأن الرائحة محتملة . وكذا الشرب قد يقع عن إكراهه أو اضطراره(٢). وهو رأى الثورى وأبى حنيفة والشافعى .

وقال البعض : يجلد إذا عرف أن ذلك يسكر وهو المأثور عن الخلفاء الراشدين وهو مذهب مالك وأحمد فى غالب نصوصه(٣) . وذلك لأن ابن مسعود جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر(٤).

---

(١) انظر ص ١٨٠ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٨٤ المرجع السابق .

وانظر ص ٧٠ منلا خسرو جزء ٢ : لا يحد إن شهد عليه بعد زوال الرائحة أو تقيأها أو وجد ريحها منه بلا إقرار أو شهادة أو رجع عن إقرار شرب الخمر .

أما عدم الحد بعد زوال الرائحة فلأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وهو شرط قيام الرائحة .

وأما عدمه بتقيئها ووجد أن ريحها فلأن الرائحة مشتملة وكذا الشرب قد يقع بإكراه واضطرار .

ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك . وكذا شرب المكره لا يوجب الحد .

وأما عدمه بالرجوع عن إقراره فلأنه خالص حق الله تعالى فيعمل فيه الرجوع .

وأما عدمه فى إقرار السكران فلزيادة احتمال الكذب فى إقراره فيحتال فى درئه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه كما فى سائر تصرفاته .

(٣) انظر ص ١١٦ السياسة الشرعية لابن تيمية .

(٤) انظر ص ٣٣٢ المغنى جزء ١٠ .

الفصل الخامس

القتل والضرب والجرح

بعد أن انتهينا من الحدود وهى الجرائم التى إذا توافرت أركانها وشروطها يلزم أن يقضى فيها القاضى بالعقوبة التى حددها الشارع . نتكلم عن نوع آخر من الجرائم هى جرائم القتل والضرب والجرح وهى جرائم وإن أطلق البعض عليها أنها من الحدود[1] إلا أنها جرائم ذات طبيعة خاصة لا هى بالحدود ولا هى بالتعزير . وهى التى درج فقهاء الشريعة على بحثها فى باب القصاص والدية .

والحدود كالقصاص إلا فى أمور نذكرها[2] :

١ ــ يجوز للقاضى القضاء بعلمه فى القصاص دون الحدود .

٢ ــ القصاص يورث والحد لا يورث .

٣ ــ يصح العفو فى القصاص ولا يصح فى الحد .

٤ ــ التقادم لا يمنع الشهادة بالقتل بخلاف الحد سوى حد القذف .

٥ ــ القصاص يثبت بإشارة الأخرس وكتابته بخلاف الحد .

٦ ــ تجوز الشفاعة فى القصاص ولا تجوز فى الحد .

٧ ــ لا بد فى القصاص من الدعوى بخلاف الحد سوى حد القذف .

٨ ــ يشترط الالتجاء للإمام لاستيفاء الحد دون القصاص[3] .

---

(١) قول سيف الإسلام فى مبسوطه . انظر رسالة مخطوطة بدار الكتب معنونة بعنوان الحدود والأحكام .

(٢) انظر ص ٥٤٢ ابن عابدين جزء ٥ .

(٣) انظر ص ١٨٤ المهذب جزء ٢ « لا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان فإن استوفاه من غير حضرة السلطان ففى الرأى روايتان أحداهما أنه يعزر وفى الأخرى لا يعزر » .

٩ – يجوز الاعتياض فى القصاص ولا يجوز فى الحدود ولا فى حد القذف حتى لو دفع القاذف مالا للمقذوف ليسقط حقه فإنه يرجع به .

١٠ – يصح الرجوع عن الإقرار فى الحد ولا يصح فى القصاص .

وقد سبق أن أوضحنا فى بحث سابق لنا أن جريمة القتل تهيمن عليها فى الإسلام السلطة العامة من ناحيتين :

١ – أن الذى ينفذ القصاص هو ولى الأمر أو من يفوضه فى ذلك وليس هو المجنى عليه أو ولى الدم وإلا كان فى ذلك فساد وتخريب وولى الأمر ينفذ ما يختاره المجنى عليه أو وليه من قتل أو عفو أو دية .

٢ – إذا عفا ولى الدم عن الجانى فلا يسقط حق السلطة العامة فيعزر بالجلد مائة والسجن عاماً وبهذا قال مالك والليث وعمل به أهل المدينة وروى عن عمر بن الخطاب(١).

وهذا الفصل يحتاج فى بحثه بتفصيل إلى مجلدات عديدة ولكننا لضيق المقام نختصر فى بحثه فنتكلم عن كل جريمة من الجرائم التى ذكرناها .

المبحث الأول

جريمة القتل

فى الفقه الغربى :

القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمداً وبغير حق بفعل إنسان آخر فيجب أن تكون نية الجانى موجهة إلى القتل لا إلى الاعتداء فقط . فإذا لم تكن نية القتل مقترنة بفعل الاعتداء مهما ترتب عليها من نتائج لا يعتبر الاعتداء قتلا عمداً : ولو ترتب على ذلك موت المجنى عليه .

وعلى ذلك فأركان جريمة القتل ثلاثة :

---

(١) انظر ص ٦٨ من كتاب العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

١ ــ وجود إنسان على قيد الحياة أزهقت روحه .

٢ ــ وقوع فعل عمدى من الجانى من شأنه إحداث الموت .

٣ ــ أن يكون قصد الجانى إحداث هذه النتيجة .

فى الفقه الإسلامى :

القتل هو فعل مؤثر فى إزهاق الروح ، وهو على ما ذكر فى المبسوط ثلاثة أقسام : عمد ، وخطأ ، وشبه عمد[1].

القتل العمد

وهو قتل آدمى قصداً بسلاح ونحوه . ونبحث أركان جريمة القتل العمد فى الفقه الإسلامى نهجاً على طريقتنا فى البحث المقارن بالفقه الغربى .

الركن الأول : **وجود إنسان على قيد الحياة أزهقت روحه**

يلزم أن يكون المجنى عليه إنساناً كان على قيد الحياة ثم أزهقت روحه حتى يجب القصاص وهو عقوبة القتل العمد فإذا قد رجلا ملفوفاً فى كساء ثم ادعى أنه قد قده وهو ميت وقال الولى بل كان حياً ، ففيه قولان :

أحدهما أن القول قول الجانى لأن ما يدعيه يحتمل والأصل براءة الذمة .

والثانى أن القول قول الولى لأن الأصل حياته وكونه مضموناً فصار كما لو قتل مسلماً وأورى أنه كان مرتداً[2].

قال أبو محمد بن حزم : « فمن جرح ميتاً أو كسر عظمه أو أحرقه فلا شىء عليه فى ذلك . أما القتل فلا شك فيه لأنه ليس قاتلا[3] » .

---

(١) وهو قول أبى حنيفة وكان أبو بكر الرازى يقول هو خمسة أقسام : عمد وشبه عمد وخطأ وجارى مجرى الخطأ وقتل بتسبب . انظر ص ٥٩ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٢١٥ المهذب جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٤٠ المحلى لابن حزم جزء ١١ .

١ ـ وعلى ذلك فلا يعد قتل الجنين فى بطن أمه قتلا بالمعنى المقصود فى هذا الباب ففيه عقوبة خاصة .

روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى جنين امرأة من بنى لحيان بغرة : عبد أو أمة .

وعنه قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها غرة : عبد أو وليدة[1].

٢ ـ ولا يعد قتل الحيوان داخلا فى هذه الجريمة .

والاعتداء على الحياة يعتبر قتلا مهما كانت جنسية المجنى عليه أو نوعه أو سنه أو حالته أو صحته . وإنما يلزم أن نتعرض بشىء من التفصيل لما خاض فيه الفقهاء بخصوص حرية القتيل أو ديانته أو أنوثته .

قتل العبد عمداً :

اختلف فى ذلك العلماء فقال مالك[2] ، والشافعى[3] والليث بن سعد

---

(١) انظر ص ١٢ التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول وانظر ص ٨٧ المبسوط جزء ٢٦ والغرة عند بعض أهل اللغة المملوك الأبيض ومنه غرة الفرس وهو البياض الذى على جبينه . والغرة خمسمائة درهم وفى قول مالك ستمائة درهم ، وغرة الشهر أوله .

وهذه أول مقادير الدية ، نصف عشر الدية أى دية الرجل لو كان الجنين ذكراً وعشر دية المرأة لو كان أنثى وكل منهما خمسمائة درهم فى سنة . وقال الشافعى فى ثلاث سنين كالدية . وقال مالك فى ماله . (فى العمد وفى الخطأ تفصيل) ولنا فعله عليه الصلاة والسلام « فإن ألقته حياً فمات فدية كاملة » وإن ألقته ميتاً فماتت الأم فدية فى الأم وغرة فى الجنين لما تقرر أن الفعل يتعدد بعدد أثره . وصرح فى الذخيرة (تتعدد الغرة لو لجنينين) انظر ابن عابدين ص ٤١٠ .

(٢) انظر ص ١٦٤ المدونة جزء ١٦ ، انظر ص ٤٣٨ الذخيرة جزء ٨ .

قال : وقال مالك ليس يقاد العبد من الحر ولا تقاد الأمة من الحرة ولا يقاد الحر من العبد ولا الحرة من الأمة إلا أن يقتل العبد الحر فيقتل به . (إلا فى الغيلة وهى القتل للمال فيقتل الحر بالعبـد) .

(٣) انظر ص٢٨ الأم جزء ٧ للشافعى : قال الشافعى إذا كان الحر القاتل للعبد فلا قود =

وأحمد[1] وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد . واحتجوا بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى : «كتب عليكم القصاص فى القتلى، الحر بالحر والعبد بالعبد» وهو رأى الشيعة[2].

وقال أبو حنيفة[3] وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه .

وقال آخرون منهم إبراهيم النخعى : يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل[4].

وقد احتج الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم» .

وما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من قتل عبده قتلناه به» .

ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص فى الحر .

قتل الكافر :

وقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

١ ــ قال الشافعى وأحمد وابن شبرمة والثورى والأوزاعى وداود لا يقتل مؤمن بكافر . وهو رأى الشيعة .

وعمدتهم فى ذلك ما روى من حديث على أنه سأله قيس بن عبادة

= بينهما أيضاً فى نفس ولا غيرها . قال الشافعى إنما منعنا من قود العبد من الحر مالا اختلاف بيننا فيه والسبب الذى قلناه له مع الاتباع أن الحر كامل الأمر فى أحكام الإسلام والعبد ناقص الأمر فى عام أحكام الإسلام وفى الحدود فيما ينصف منها بأن حده نصف حد الحر ويقذف فلا يحد له قاذفه ولا يرث ولا يورث ولا تجوز شهادته ولا يأخذ سهماً إن حضر القتال .

(١) انظر ص ٢٥٧ أبو يعلى .

(٢) انظر ص ٣٠٩ المختصر النافع للحلى .

(٣) انظر ص ١٣٥ – ١٣٧ أحكام القرآن للجصاص جزء أول .

(٤) انظر ص١٢٩ المبسوط جزء ٢٦، ١٥٩ الخراج . انظر ص٣١٠ المختصر النافع للحلى.

والأشتر هل عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده إلى الناس .

قال لا : إلا ما فى كتابى هذا وأخرج كتاباً من قراب سيفه فإذا فيه «المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ، ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده . من أحدث حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » أخرجه أبو داود .

وروى أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يقتل مؤمن بكافر . واحتجوا فى ذلك بإجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربى الذمى .

٢ ـ قال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى وعثمان البتى أنه يقتل المؤمن بالكافر الذمى(١).

---

(١) انظر ص ٢٧ ابن العربى جزء ١ .

« قال ابن العربى . ورد علينا بالمسجد الأقصى سنة سبع وثمانين وأربعمائة فقيه من علماء أصحاب أبى حنيفة يعرف بالزوزنى زائراً للخليل صلوات الله عليه فحضرنا فى حرم الصخرة المقدسة طهرها الله معه وشهد علماء البلد فسئل عن العادة فى قتل المسلم بالكافر فقال : يقتل به قصاصاً فطولب بالدليل فقال الدليل عليه قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى » وهذا عام فى كل قتيل . فانتدب معه للكلام فقيه الشافعية بها وإمامهم عطاء المقدسى وقال : ما استدل به الشيخ الإمام لا حجة له فيه من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الله سبحانه وتعالى قال : « كتب عليكم القصاص » فشرط المساواة فى المجازاة ولا مساواة بين المسلم والكافر فإن الكفر حط منزلته ووضع مرتبته .

الثانى : أن الله سبحانه وتعالى ربط آخر الآية بأولها وجعل بيانها عند تمامها فقال « كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى » فإذا نقص العبد عن الحر بالرق وهو من آثار الكفر فأحرى وأولى أن ينقص عنه الكافر .

الثالث : أن الله سبحانه وتعالى : قال: «فمن عفى له من أخيه شىء» ولا مؤاخاة بين المسلم والكافر فدل على عدم وصوله فى هذا القول . فقال الزوزنى بلى ذلك دليل صحيح وما اعترضت به لا يلزمنى منه شىء . أما قولك أن الله تعالى شرط المساواة فى المجازاة فكذلك أقول . وأما دعواك أن المساواة بين الكافر والمسلم فى القصاص غير معروفة فغير صحيح فإنهما متساويان فى الحرمة التى تكفى فى القصاص . وهى حرمة الدم الثابتة على التأييد . فإن الذمى محقون الدم على التأييد والمسلم محقون الدم على التأييد وكلاهما قد صار من أهل دار الإسلام . والذى يحقق ذلك أن المسلم ـ

واعتمدوا فى ذلك آثاراً منها حديث ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمانى قال : قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال : أنا أحق من وفى بعهده .

ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مؤمن بكافر » ، أى أنه أريد به الكافر الحربى دون الكافر المعـــاهد .

ومن طريق القياس فإنهم اعتمدوا على إجماع المسلمين فى أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذمى . وقالوا إذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه .

وكذلك لو اجتمع عدد من المسلمين على قتل ذمى قتلوا به .

٣ ــ وقال مالك والليث بن سعد لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة؛ وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه لأخذ ما له ؛ فيقتل فى الغيلة الحر بالعبد ، والمسلم بالكافر ؛ منعاً للفساد لا قصاصاً .

قتل الجماعة بالواحد :

١ ــ قال جمهور الفقهاء تقتل الجماعة بالواحد ومنهم مالك وأبو حنيفة

يقطع بسرقة مال الذمى وهذا يدل على أن مال الذمى قد ساوى مال المسلم فدل على مساواته لديه إذا المال إنما يحرم بحرمة مالكه .

وأما قولك إن الله تعالى ربط آخر الآية بأولها فغير مسلم فإن أول الآية عام وآخرها خاص . وخصوص آخرها لا يمنع من عموم أولها بل يجرى كل على حكمه من عموم أو خصوص .

وأما قولك إن الحر لا يقتل بالعبد فلا أسلم بل يقتل به عندى قصاصاً فتعلقت بدعوى لا تصح لك .

وأما قولك « فن عفى له من أخيه شيء » يعنى المسلم فكذلك أقول ولكن هذا خصوص فى العفو فلا يمنع من عموم ورود القصاص فإنهما قضيتان متباينتان فعموم إحداهما لا يمنع من خصوص الأخرى ولا خصوص هذه يناقض عموم تلك وجرت فى ذلك مناظرة عظيمة حصلنا منها فوائد جمة أثبتناها فى نزهة الناظر .

وانظر ص ٣٤٧ المحلى « وإن قتل مسلم عاقل بالغ ذمياً أو مستأمناً عمداً أو خطأ فلا قود عليه ولا دية ولا كفارة ولكن يؤدب فى العمد خاصة ويسجن حتى يتوب كفاً لضرره » .

والشافعى وأحمد والثورى وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال عمر حتى روى أنه قال : « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » .

وعمدة قولهم النظر إلى المصلحة فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفى القتل لقوله تعالى : « ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب » . وإذا كان كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة .

٢ – وقال داود وأهل الظاهر : لا تقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهرى وروى عن جابر .

وعمدة قولهم قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين »[١].

قتل الرجل بالمرأة :

اختلف الفقهاء فى تفصيل ذلك :

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وابن شبرمة – لا قصاص بين الرجال والنساء إلا فى الأنفس .

وروى عن ابن شبرمة رواية أخرى وهى أن بينهم قصاصاً فيما دون النفس .

وقال ابن أبى ليلى ومالك والثورى والليث والأوزاعى والشافعى : القصاص واقع فيما بين الرجال والنساء فى الأنفس وما دونها .

إلا أن الليث قال : إذا جنى الرجل على امرأته عقلها ولم يقتص منه .

وقال عثمان البتى : إذا قتلت امرأة رجلا قتلت به وأخذ من مالها نصف الدية ، وكذلك إن إصابته بجراحة . وإن كان هو الذى قتلها أو جرحها فعليه القود ولا يرد عليه شىء .

وروى عن القدماء خلاف ذلك .

(١) انظر ص ٣٣٤ جزء ٢ بداية المجتهد .

واختلف عن على عليه السلام فيها، فروى ليث عن الحكم عن على وعبدالله قالا : إذا قتل الرجل المرأة متعمداً فهو بالقود .

وروى عن عطاء والشعبي والحسن البصرى أن علياً قال : إن شاءوا قتلوه وأدوا نصف الدية وإن شاءوا أخذوا نصف دية الرجل . وروى أشعث عن الحسن فى امرأة قتلت رجلا عمداً قال : تقتل وترد نصف الدية(١).

الركن الثانى : **وقوع فعل عمدى من الجانى من شأنه احداث الموت**

أى أنه يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين الفعل المسند إلى الجانى وبين الموت الذى حدث على أثره .

ويتعين أن نتكلم عن أمرين :

١ ـ الفعل العمدى .

٢ ـ الرابطة بين هذا الفعل وبين الموت .

الفعل العمدى :

كل فعل من شأنه موت المجنى عليه عمداً يوجب العقوبة، والأفعال التى من هذا القبيل متعددة .

١ ـ أن يقصد القتل بحديد له حد أو طعن كالسيف والسكين والرمح والأشفار والإبرة وما أشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الأشياء فى الجرح

---

(١) انظر ص ١٣٩ الجصاص جزء ١ « قال أبو بكر الجصاص : ما روى عن على من القولين فى ذلك مرسل لأن أحداً من رواته لم يسمع من على شيئاً ولو ثبتت الروايتان كان سبيلهما أن تتعارضا وتسقطا فكأنه لم يرد عنه فى ذلك شىء وعلى أن رواية الحكم فى إيجاب القود دون المال أولى لموافقتها لظاهر الكتاب وهو قوله تعالى «كتب عليكم القصاص فى القتلى» وسائر الآية الموجبة للقود ليس فى شىء منها ذكر الدية وهو غير جائز أن يزيد فى النص إلا بنص مثله لأن الزيادة فى النص توجب النسخ » .

انظر ص ٢٣٥ جزء ٢ بداية المجتهد . « وفى رواية عن القاضى أبى الوليد الباجى فى المنتقى عن الحسن البصرى أنه لا يقتل الذكر بالأنثى وحكاه الخطابى فى معالم السنن وهو رأى شاذ » .

والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والرمح الذى لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذة من النحاس . وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس والمرو ونحو ذلك . أو ما كان فى معنى الحديد كالصفر والنحاس والآنك والرصاص والذهب والفضة .

وقد ورد ذلك فى ظاهر الرواية عن محمد بن الحسن .

وروى الطحاوى عن أبى حنيفة أنه ليس بعمد .

فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أو لا . وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديداً كان أو غيره[1].

٢ – أن يحرق رجل رجلا بالنار – فعليه القصاص لأن النار تعمل عمل السلاح فى تفريق أجزاء الجسم والتأثير عليه فى الظاهر والباطن .

٣ – أن يغرق رجل رجلا فى ماء فيموت نتيجة لذلك . فعلى قول أبى يوسف ومحمد يجب عليه القصاص وهو قول المالكية اعتماداً على قول النبى صلى الله عليه وسلم « من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه » .

وفى رأى أبى حنيفة أنه لا يجب بذلك القصاص؛ وقال إن هذا لا يثبت

---

(١) انظر ص ٩٣ المبسوط جزء ٢٦ « فاذا اشترك الرجلان فى قتل رجل أحدهما بعصا والآخر بحديدة فلا قصاص على واحد منهما هكذا نقل عن إبراهيم النخعى وهذا لأن القتل بالعصا لا يصلح أن يكون موجباً للقصاص لأن القصد به التأديب والآلة آلة التأديب فهو بمنزلة فعل الخاطئ . والخاطئ والعامد إذا اشتركا فى القتل لم يجب القصاص عليهما لأنه اختلط الموجب بغير الموجب فى المحل . فقد ازهقت الروح عقيب فعلين أحدهما ليس بسبب لوجوب العقوبة ولا يدرى أنه بأى الفعلين أزهق الروح فيمكن الشبهة من هذا الوجه . فالقصاص عقوبة تندرىء بالشبهات وبعد سقوط القصاص يجب المال فيتوزع عليهما مناصفة وليس أحدهما باضافة القتل إليه بأولى من الآخر ولا يقال ينبغى أن يضاف القتل إلى فعل من استعمل السلاح فيه لأن السلاح آلة للقتل دون العصا » . والليطة بالكسر قشر القصبة .

العمد فى الجواهر : ما قصد فيه اتلاف النفس وكان مما يقتل غالباً من محدد أو مثقل أو إصابة المقاتل كعصر الأنثيين أو شده وضغطه أو يهدم عليه بنياناً أو يصرعه ويجر برجله على غير اللعب أو يغرقه أو يحرقه أو يمنعه من الطعام والشراب .

بذلك، وإنما هذا كلام زياد ذكره فى خطبه، ألا ترى أنه قال فيه : ومن قتل عبده قتلناه . وبالإجماع[1] من قتل عبده لا يقتل ، ثم إن الماء ليس فى معنى السلاح . فالغريق يجتذب الماء بنفسه فيكون كالمعين على نفسه فيكون ذلك شبهة فى إسقاط القود[2].

٤ — وإن خنق رجلا فمات ، أو طرحه فى بئر ، أو ألقاه على ظهر جبل أو سطح جبل فمات — فعند الصاحبين يجب القصاص طالما كان يعلم أنه لا يعيش بهذا الفعل[3].

وعند أبى حنيفة لا قصاص فى ذلك[4].

٥ — ولو سقى رجلا سما زعافاً فمات فعليه القصاص عند الصاحبين فقط

---

(١) قال بالإجماع مع أنه سبق فى ذلك الخلاف . او ألقاه فى النار ثم أخرج وبه رمق فمكث أياماً ولم يزل صاحب فراش حتى مات قتل وإن كان يجىء ويذهب ثم مات لم يقتل كذا فى فتاوى قاضيخان .

ولو قمط رجلا ثم أغلى له ماء فى قدر نسخمة حتى إذا صار كأنه نار ألقاه فى الماء فسلخ ساعة لقاه فمات قتل به . وإن كان الماء حاراً لا يغلى غلياناً شديداً فألقاه فيه ثم سكت ساعة ثم مات وقد تنقط جسده أى سار به نقطة أو نضجة الماء قتل به وإلا فلا .

وانظر الفتاوى الهندية ص ٦ جزء ٦ . وانظر ص ١٠١ جزء ٦ الزيلعى .

(٢) انظر ص ٣٨٧ الذخيرة جزء ٨ القرافى . « وفى الكتاب إن طرحه فى نهر ولا يعلم أنه يحسن العوم على وجه العداوة قتل أو على غير ذلك ففيه الدية » . ولو ألقى رجلا فى ماء بارد فى يوم الشتاء فكز ويبس ساعة ألقاه فعليه الدية وكذلك لو جرده فجعله فى سطح فى يوم شديد البرد ولم يزل كذلك حتى مات من البرد وكذلك لو قمطه وجعله فى الثلج كذا فى الظهيرية . ولو أن رجلا قمط رجلا أو صبياً ثم وضعه فى الشمس فلم يتخلص حتى مات من الشمس فعليه الدية كذا فى خزانة المفتيين . انظر ص ٦ جزء ٦ الفتاوى الهندية .

(٣) انظر ص ١١٠ منلا خسرو جزء ٢ « إن طرحه فى بئر فمات جوعاً أو غماً بضم الغين : الكربة والمراد هنا الاختناق من هواء البئر وعند أبى يوسف إن مات غماً يجب الضمان لأن الغم بسبب الوقوع » .

(٤) انظر ص ٣٧٠ ابن عابدين جزء ٥ « ولو قيده بحبل ثم ألقى به فى قدر فيه ماء مغلى فمات من ساعته أو فيه ماء حار فأنضج جسده ومكث ساعة فمات قتل به » .

وهو رأى المالكية[1] وعند أبي حنيفة لا قصاص عليه لأن الشارب مختار فى شربه فيكون قاتلا نفسه ، ومن أعطاه غره حين لم يخبره بما فيه من السم ولكن بالغرور لا يجب عليه ضمان النفس . ولا يلزم فى هذا إلا التعزير[2].

ورد فى حاشية الشلبي على الزيلعى :

« ولو سقاه سماً حتى مات فهذا على وجهين :

١ . إن دفع إليه السم حتى أكل ولم يعلم به فمات لا يجب القصاص ولا الدية ويحبس ويعزر ، وإن أوجره ايجاراً تجب الدية على عاقلته .

٢ . وإن دفع إليه السم فى شربه فشرب ومات لا تجب الدية لأنه شرب باختياره إلا أن الدفع خدعه فلا يجب إلا التعزير والاستغفار »[3].

٦ . وإن حبس رجلا ومنع عنه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القصاص[4].

٧ . وإن أكره رجل رجلا على قتل رجل بغير حق فقتله وجب القصاص على المكره لأنه تسبب إلى قتله ، وأما المكره ففيه قولان :

(أ) أحدهما أنه لا يجب عليه القصاص لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقتله فقتله ، للدفع عن نفسه .

(ب) والثانى أنه يجب عليه القود لأنه قتله ظلماً لاستبقاء نفسه . . .

وإن أمر الإمام بقتل رجل بغير حق فإن كان المأمور لا يعلم أن

(١) انظر ص ٢٣٣ المدونة جزء ١٦ « قلت أرأيت من سقى رجلا سماً فقتله أيقتل به قال نعم يقتل به عند مالك » ، ٢١٧ حاشية الدسوقى جزء ٤ ، وانظر الذخيرة جزء ٨ ص ٣٩٣ .

وانظر ص ٢٨ المحلى لابن حزم جزء ١١ « وقد عرض أبو محمد بن حزم الآراء المختلفة فى هذا الموضوع بأسانيدها فى كل مذهب ومن رأيه أن من أطعم آخر سماً فمات منه أنه لا قود عليه ولا دية عليه ولا على عاقلته لأنه لم يباشر فيه شيئاً أصلا بل الميت هو المباشر على نفسه . وأما إن أكرهه على الأكل وأوجره أو أمر من يوجره فهو قاتل بلا شك ومباشر لقتله وعليه القود » .

(٢) انظر ص ٣٧٩ جزء ٥ ابن عابدين وانظر ص ١٠٣ المبسوط جزء ٢٦ .

(٣) انظر ص ١٠١ الزيلعى جزء ٦ .

(٤) انظر ص ١٧٦ المهذب جزء ٢ .

قتله بغير حق وجب القصاص على الإمام لأن المأمور معذور فى قتله، لأن الظاهر أن الإمام لا يأمر إلا بالحق . وإن كان يعلم أنه يقتله بغير حق وجب القصاص على المأمور لأنه لا يجوز طاعته فى المعصية . والدليل على ذلك ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » .

وقد روى الشافعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه »[1] .

٨ — وإن شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن شهادتهما وجب القود على الشهود لما روى القاسم عن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما . وأغرمهما دية يده ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل فوجب عليهما القود[2] .

فإذا لم تكن الوسائل من شأنها إحداث الموت فلا عقوبة :

جاء فى ابن عابدين :

إن أقر أنه أهلك فلاناً بالدعاء أو بالسهام الباطنة أو بقراءة الأنفال فلا يلزمه شىء لأنه كذب محض يؤدى إلى ادعاء علم الغيب المنفى بقوله تعالى : « لا يعلم الغيب إلا الله » . ولم يوجد نص بإهلاكه بهذه الأشياء . وبالإقرار كان كاذباً لا يلزمه شىء .

ولو أقر أنه أهلك فلاناً بقراءة أسماء الله تعالى القهرية، اختلف المشايخ فيه

---

(١) انظر المرجع السابق ص ١٧٧ .

(٢) وعند الحنفية عليهما الدية فى مالها وقال الشافعى عليهما القصاص . وحجتهم فى ذلك أن الشاهد سبب للقتل والسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر وهذا لأنه يعتبر فى القصاص المساواة ولا مساواة بين السبب والمباشرة . انظر ص ٣٩٩ ابن عابدين جزء ٢ وانظر ص ٣٧٠ نفس المرجع « والقتل بالبندقية بالرصاص عمد لأنها من جنس الحديد فيقتص به » .

لوقوعها، والأصح أنه لا يلزمه شيء لأن الشرع لم يجعله من آلة القتل وسببه[1].

٢ - رابطة السببية بين الفعل والموت :

يلزم أن يكون بين الفعل المرتكب والموت الذى حدث رابطة سببية، أى أن يكون الفعل هو السبب المباشر الذى أدى للوفاة، فإن كان الأمر ليس كذلك فلا يجب القصاص .

ورد فى المهذب[2].

« وإن ألقاه فى ماء يمكنه التخلص منه فالتقمه حوت لا يجب القصاص لأن الذى فعله لا يقتل غالباً » .

وورد فى ابن عابدين[3].

فى التتار خانية : شق بطنه وأخرج أمعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف

---

(١) انظر ص ٣٨١ ابن عابدين جزء ٥ : إذا تعمد ذلك وعلم منه وتكرر يقتص منه عند المالكية .

(٢) انظر ص ١٧٦ جزء ٢ المهذب وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ثم اختلفا فقال الضارب ما أسقطت من ضربى وقالت المرأة أسقطت من ضربك نظرت فإن كان الإسقاط عقيب الضرب فالقول قولها لأن الظاهر معها وإن كان الإسقاط بعد مدة نظرت فإن بقيت المرأة متألمة إلى أن أسقطت فالقول قولها لأن الظاهر معها وإن لم تكن متألمة فالقول قوله لأنه يحتمل ما يدعيه كل واحد منهما والأصل براءة الذمة وإن اختلفا فى التألم فالقول قول الجانى لأن الأصل عدم التألم وإن ضربها فأسقطت جنيناً حياً ومات ؛ واختلفا ، فقالت المرأة مات من ضربك وقال الضارب مات بسبب آخر فإن مات عقيب الإسقاط فالقول قولها لأن الظاهر معها وأنه مات من الجناية وإن مات بعد مدة ولم تقم البينة أنه بقى متألماً إلى أن مات فالقول قول الضارب على يمينه لأنه يحتمل ما يدعيه والأصل براءة الذمة . وإن أقامت بينة أنه بقى متألماً إلى أن مات فالقول قولها مع اليمين لأن الظاهر أنه مات من جنايته . (ص ٢١٦ المهذب جزء ٢) .

(٣) انظر ص ٣٨١ ابن عابدين جزء ٥ .

« ومن جرح رجلا عمداً فصار ذا فراش ومات يقتص منه إلا إذا وجد ما يقطعه كحز الرقبة لأن الموت متى وجد عقب سبب صالح يضاف إليه لا إلى شيء آخر » .

وانظر ص ٢١٥ المهذب جزء ٢ . « وإن قطع يد رجل ومات ثم اختلف الولى والجانى فقال الجانى شرب سماً أو جنى عليه آخر بعد جنايتى فلا يجب عليه إلا نصف الدية (الواجب بقطع اليد) » .

عمداً فالقاتل هو الثانى إذا كان فيه من الحياة ما يعيش معها بعد الشق يوماً أو بعض يوم . وإن كان بحال لا يتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه إلا اضطراب الموت ، فالقاتل هو الأول فيقتص بالعمد وتجب الدية بالخطأ .

ولعل الفرق بينه وبين من هو فى النزع أن النزع غير متحقق فإن المريض قد يصل إلى حالة شبه النزع ، بل قد يظن أنه قد مات ويفعل به كالموتى ثم يعيش بعده طويلا بخلاف من شق بطنه وأخرجت أمعاؤه فإنه يتحقق موته لكن إذا كان فيه من الحياة ما يعيش معها يوماً فإنها حياة شرعاً كما فى الذبائح فلذا كان القاتل هو الثانى ، وأما لو كان يضطرب اضطراب الموت من الشق فالحياة فيه غير معتبرة أصلا فهو ميت حكماً فلذا كان القاتل هو الأول .

هل ترتكب جريمة القتل العمد بطريق سلبي :

فى الفقه الحديث :

اختلف رأى علماء الفقه الحديث فى هذا الأمر لأن النصوص التشريعية لا تشير إلى العقاب فيها .

فذهب الألمان إلى وجوب معاقبة المجرم بطريق السلب كالمجرم بطريق الإيجاب فى الحالات التى يقوم فيها على المجرم واجب قانونى أو تعاقدى بأداء عمل لمصلحة ضحيته فيمتنع عنه . كحالة الوالدة التى تمتنع عن إرضاع طفلها رغبة فى التخلص منه بالموت . فإذا لم يكن على الشخص واجب يؤيده القانون فلا مسئولية عليه إذا امتنع مهما خالف مبادىء الإحسان أو المروءة أو التضحية لأن القانون لا يفرض على الناس شيئاً من ذلك .

وذهب أكثر الفرنسيين إلى أنه لا يمكن اعتبار من امتنع عن أداء واجبه بقصد وقوع جريمة مسئولا عنها كمسئولية الذى ارتكبها بالفعل .

ولم ينص القانون الفرنسى إلا فى سنة ١٨٩٨ على عقاب حالة الامتناع عن تغذية الصبى القاصر عن خمس عشرة سنة بقصد إحداث موته فيموت .

أما القضاء المصرى فقد تضاربت فى هذا الأمر أحكامه .

ويرى بعض الفقهاء المصريين وجوب العقاب متى كان على الممتنع واجب وكانت رابطة السببية قائمة بين الامتناع وحدوث الموت[1].

فى الفقه الإسلامى :

من المتفق عليه بين فقهاء المسلمين أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب . فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة .

فمن حبس إنساناً ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء فى الليالى الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله .

وهو رأى مالك والشافعى وأحمد والصاحبين[2].

ولا يرى أبو حنيفة ذلك ، فالهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، والمثل الواضح لهذه الحالة نجده فى الفرض الآتى :

جاء فى حاشية الدسوقى :

« عن ابن عرفه ، ما ذكره ابن يونس « أنه من منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لا يحل له منعه وأنه يموت إن لم يسقه قتل به وإن لم يل قتله بيده فظاهره أنه يقتل به سواء قصد بمنعه قتله أو تعذيبه . فإن قلت : قد مر فى باب الذكاة أن من منع شخصاً فضل طعام أو شراب حتى مات فإنه يلزمه الدية . قلت ما مر فى الذكاة محمول على ما إذا منع تأولا وما هنا غير متأول أخذا من كلام ابن يونس[3]» .

وجاء فى المحلى لابن حزم :

من استسقى قوماً فلم يسقوه حتى مات يضمن ديته ؛ فعل ذلك عمر بن الخطاب . وقال فى ذلك ابن حزم :

القول فى هذا عندنا — وبالله التوفيق — هو أن الذين لم يسقوه إن كانوا

---

(١) انظر ص ٨٠ ، ٨١ الأستاذ الكبير على بدوى ، ٣١٤ المرحوم أحمد أمين .

(٢) انظر ص ٢١٥ الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٤ ، المهذب جزء ٢ ص ١٧٦ ، المغنى جزء ٩ ص ٣٠٨ بدائع الصنائع جزء ٧ ص ٢٣٤ .

(٣) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٤ .

يعلمون أنه لا ماء له ألبتة إلا عندهم ولا يمكنه إدراكه أصلا حتى يموت فهم قتلوه عمداً وعليهم القود بأن يمنعوا الماء حتى يموتوا كثروا أو قلوا ولا يدخل فى ذلك من لم يعلم بأمره ولا من لم يمكنه أن يسقيه ، فإن كانوا لا يعلمون ذلك ويقدرون أنه سيدرك الماء فهم قتلة خطأ وعليهم الكفارة وعلى عواقلهم الدية ولا بد .

وكذلك هذا القول فى الجائع والعارى ولا فرق وكل ذلك عدوان وليس هذا كمن اتبعه سبع فلم يؤووه حتى أكله السبع لأن السبع هو القاتل له ولم يمت من جنايتهم ولا ما تولد من جنايتهم ولكن لو تركوه فأخذه السبع وهم قادرون على إنقاذه فهم قتلة عمد ، إذ لم يمت من شيء إلا من فعلهم ؛ وهذا كمن أدخلوه فى بيت ومنعوه حتى مات ولا فرق ، وهـــذا كله وجه واحد[1] .

واتجاه فقهاء الشريعة فى القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذى سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية الحديثة . أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود .

وتمتاز الشريعة عن القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية منذ أمد طويل بينما لم يتناقش فيها فقهاء الغرب إلا فى القرن التاسع عشر[2] .

قتل المرأة لجنينها :

تنص المادة ٢٦١ من قانون العقوبات المصرى على أن كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها سواء كان برضاها أم لا — يعاقب بالحبس .

وتنص المادة ٢٦٢ على أن المرأة التى رضيت بتعاطى الأدوية مع علمها

---

(١) انظر ص ٥٢٢ المحلى جزء ١٠ لابن حزم .

(٢) انظر ص ٩٠ التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ عبد القادر عودة الجزء الأول .

بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة — تعاقب بالحبس.

فى الفقه الإسلامى :

أخبر حماد بن سلمة عن الحجاج عن عبدة الضبي أن امرأة كانت حبلى فذهبت تستدخل فألقت بولدها. فقال إبراهيم النخعى : عليها عتق رقبة ولزوجها عليها غرة : عبد أو أمة. وعن سفيان الثورى عن المغيرة بن مقسم عن إبراهيم النخعى أنه قال فى امرأة شربت دواء فأسقطت قال : تعتق رقبة وتعطى أباه غرة.

وقال ابن حزم : إن هذه الآثار غاية فى الصحة، إن كان لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها؛ وإن كان قد نفخ فيه الروح فإن كانت لم تعمد قتله فالغرة أيضاً على عاقلتها والكفارة عليها، وإن كانت عمدت قتله فالقود عليها أو الغرة فى مالها، فإن ماتت هى فى كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبة فى كل ذلك فى الخطأ على عاقلة الجانى هى كانت أو غيرها وكذلك فى العمد قبل أن ينفخ فيه الروح، وأما إن كان قد نفخ فيه الروح فالقود على الجانى إن كان غيرها، وأما إن كانت هى فلا قود ولا غرة ولا شيء لأنه لا حكم على ميت وماله قد صار لغيره[1].

الركن الثالث : **القصد الجنائى**

يعتبر القصد الجنائى فى القتل العمد متوافراً متى كان الفاعل قد ارتكب الفعل أو الترك بنية إحداث الموت لغيره عالماً بأن هذا الفعل مميت. وجريمة القتل العمد تستلزم قانوناً توافر قصد جنائى خاص بها هو الذى يميزها من غيرها من جرائم الاعتداء على النفس — فلا يكفى لتوافر هذه الجريمة وجود القصد الجنائى العام الذى يتطلبه القانون فى سائر الجرائم من علم بأن الأمر الذى

---

(١) انظر ص ٣١ المحلى لابن حزم جزء ١١.

يأتيه الجانى أو يمتنع عنه محظور ، بل لا بد من أن يكون الجانى قد انتوى قتل المجنى عليه وإزهاق روحه .

ورد فى الدرر الحكام لمنلا خسرو :

« فإن القصد فعل القلب لا يتوقف عليه؛ فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه تيسيراً ، فإن الآلة القاتلة غالباً هى المحدودة لأنها هى المعدة للقتل .

وأما الضرب بالحجر والخشب فمن شبه العمد عند أبى حنيفة لأن فى هذا الفعل معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب . ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصده إلى القتل، لأن الآلة التى استعملها ليست بآلة القتل، والعاقل إنما يقصد إلى كل فعل بآلته، فاستعماله غير آلة القتل دليل على عدم قصده إليه فكان خطأ يشبه العمد »[1].

وورد فى الذخيرة للقرافى المالكى :

« ومن العمد ما لا قود فيه كالمتصارعين والمترامين على وجه اللعب أو يأخذ برجله على وجهه ففيه دية الخطأ على العاقلة أخماساً، فإن تعمد هؤلاء القتل بذلك ففيه القصاص »[2].

فالقصد الجنائى هو الذى يحدد لنا طبيعة الجريمة، فإن ضربه بآلة ينتج منها القتل غالباً فهو قتل عمد .

وأما إن ضربه بآلة لا تؤدى إلى القتل فى غـــالب الأحوال فهو قتل شبه عمد .

---

(١) انظر ص ٨٨ جزء ٢ الدرر الحكام ، ص ٩٠ .

(٢) انظر ص ٣٨٧ الذخيرة للقرافى جزء ٨ .

انظر ص ٢١٥ الدسوقى جزء ٤ « إن قصد زيداً أى قصد قتل شخص معتقداً أنه زيد فتبين أنه عمرو أو معتقداً أنه زيد بن عمرو فتبين أنه زيد بن بكر ولزوم القود فيهما هو الصحيح وبه جزم ابن عرفة أولا » .

وانظر ص ٢٧٤ جزء ٧ البدائع « رجل أخذ بيد إنسان فصافحه فجذب يده من يده فانقلب فمات فلا شىء عليه لأن الآخذ غير متعد فى الأخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة » .

فإن لم يقصد قتلا ولا ضرباً كمن يأخذ بيد إنسان ليصافحه فجذب يده من يده فانقلب فمات فلا شيء إطلاقاً[1].

ما يجب فى القتل العمد :

اختلف الفقهاء فى موجب القتل العمد :

١ ـ قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والثورى وابن شبرمة والحسن ابن صالح : ليس للولى إلا القصاص ولا يأخذ الدية إلا برضى القاتل .

٢ ـ وقال الأوزاعى والليث والشافعى : الولى بالخيار بين أخذ القصاص والدية وإن لم يرض القاتل ، وقال الشافعى فإن عفا المفلس عن القصاص جاز ولم يكن لأهل الوصايا والدين منعه لأن المال لا يملك بالعمد إلا بمشيئة المجنى عليه إذا كان حياً أو بمشيئة ورثته إن كان ميتاً .

وقال الشافعى فى القتل العمد الكفارة أيضاً ، وخالفه فى ذلك الفقهاء[2].

القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد :

فى الفقه الوضعى :

شدد المشرع العقوبة على كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار ، أو الترصد فجعل العقوبة الإعدام .

وسبق الإصرار هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب الجريمة .

---

(١) انظر ص ٢٧٤ بدائع الصنائع جزء ٧ وانظر ص ٢٣٤ البدائع جزء ٧ .
« روايته عن أبى حنيفة أن القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لأن تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمثقل وما يجرى مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم القصد فيتمكن فى العمدية شبهة العمد بخلاف القتل بحديد لا حد له لأن الحديد آلة معدة للقتل قال تعالى « وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد » . والقتل بالعود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمداً » .

(٢) انظر ص ٢٩٨ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص .

أما الترصد فهو أن يتربص الإنسان لشخص فى جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن – طويلة كانت أو قصيرة – ليتوصل إلى قتله أو إيذائه .

فى الفقه الإسلامى :

نلاحظ أن الفقه الإسلامى قد استرعاه هذا الأمر فرأى أن القاتل قد يكون عاتياً ظالماً ويظهر قصده واضحاً جلياً خبيثاً فسموا القتل – قتل الغيلة – وهو أن يضجعه فيذبحه أو يقتله على أى وجه لأخذ ماله .

وفرضوا لذلك عقوبة خاصة أشد من العقوبة العامة للقتل؛ وهى أنه ليس لولى المقتول أن يعفو عن القاتل غيلة وأن ذلك القاتل يترك إلى السلطان ينفذ فيه ما يشاء من عقوبة ، وهو رأى المالكية[1] .

كما قال مالك والليث لا يقتل المؤمن بالكافر إلا أن يقتله غيلة .

وضرورة توفر القصد الجنائى يؤدى بنا للكلام فى القتل شبه العمد . والقتل الخطأ .

القتل شبه العمد

القتل شبه العمد فى الفقه الإسلامى يساوى الضرب المفضى إلى الموت فى الفقه الغربى ، فالعمد فى القتل هو التوجه إليه بإرادة إحداثه ، ولا يعد القتل عمداً إذا انتفت هذه النية مهما كانت درجة احتمال حدوثه ، بل يعتبر الفعل ضرباً أو جرحاً أفضى إلى الموت ، فنية القتل هى الفارق الوحيد بين القتل عمداً والضرب المفضى إلى الموت[2] .

وقد قال به جمهور الفقهاء كما قال به عمر بن الخطاب وعلى عثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعرى والمغيرة .

---

(١) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جزء ٤ ، وانظر بداية المجتهد جزء ٢ ص ٣٣٤ ، وانظر ص ٢٩٩ الأم للشافعى جزء ٧ .

(٢) انظر المحاماة س ٩ عدد ١٨٤ ص ٣٤٧ .

أما مالك فلا يقول بشبه العمد ، فالقتل عنده عمد أو خطأ وهو رأى الليث بن سعد وابن حزم[1].

قال سحنون : قلت لابن القاسم هل كان مالك يعرف شبه العمد فى الجراحات أو قتل النفس ؟ قال : قال مالك : شبه العمد باطل وإنما هو عمد أو خطأ ولا أعرف شبه العمد[2].

معنى شبه العمد فى رأى الفقهاء المسلمين :

١ ـ قال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد، فالقتل بالعصا والحجر صغيراً كان أو كبيراً، والتغريق فى الماء هو شبه عمد .

٢ ـ قال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لا يقتل مثله كاللطمة الواحدة والضربة الواحدة بالسوط ، ولو كرر ذلك حتى صار جملة مما يقتل، كان عمداً وفيه القصاص .

٣ ـ قال الشافعى : شبه العمد ما كان عمداً فى الضرب خطأ فى القتل أى ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل[3] .

وقد ورد فى المبسوط :

« وأما شبه العمد فهو ما تعمد ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد فإن فى هذا الفعل معنيين ـ العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، ومعنى الخطأ باعتبار انعدام القصد منه إلى القتل لأن الآلة التى استعملها آلة الضرب

---

(١) انظر ص ٢٧٩ أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ . « قال الأوزاعى شبه العمد أن يضربه بعصا أو سوط ضربة واحدة فيموت فإن ثنى بالعصا فات مكانه فهو عمد يقتل به . وقال الحسن بن صالح إذا ضربه بعصاً ثم قتله على مكانه من الضربة الثانية فعليه القصاص وإن زاد على الثانية فلم يمت منها ثم مات بعدها فهو شبه عمد » .

(٢) انظر ص ١٠٦ المدونة الكبرى جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٣٢٣ بداية المجتهد جزء ٢ .

للتأديب دون القتل، والعاقل إنما يقصد كل فعل بآلته، فاستعماله آلة التأديب دليل على أنه غير قاصد إلى القتل فكان فى ذلك خطأ أشبه العمد صورة من حيث أنه كان قاصداً إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه . وشبه العمد ورد به الشرع على ما رواه النعمان بن بشير أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل أربعون منها خلفة فى بطونها أولادها . والصحابة اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا الدية فيه مغلظة مع اختلافهم فى صفة التغليظ . وقال على رضى الله عنه : شبه العمد ، الضربة بالعصا والرمية بالحجر العظيم[1] » .

وورد فى بدائع الصنائع :

« شبه العمد ثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه، أما المتفق عليه فهو أن يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه إذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال الضربات .

وأما المختلف فيه فهو أن يضرب بالسوط الصغير ويوالى الضربات إلى أن يموت، وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا . وعند الشافعى رحمه الله هو عمد وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها، فهو شبه عمد عند أبى حنيفة ، وعند الصاحبين والشافعى هو عمد »[2] .

وورد فى المهذب :

« وإن شد يديه ورجليه وطرحه فى ساحل فزاد الماء وهلك، فإن كانت

---

(١) انظر ص ٦٥ المبسوط جزء ٢٦ ، وانظر ص ٢٧٩ جزء ٢ الجصاص . قال صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه الدية مغلظة مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها .

(٢) انظر ص ٢٣٣ البدائع جزء ٧ وانظر ص ٩٣ الدرر الحكام جزء ٢ .

« ولو كان جرحه إياه بنحو مسلة وهى بكسر الميم (إبرة كبيرة) لأنها ليست فى معنى السلاح إلا أن يغرز الإبرة فى مقتله أى فى موضع يقتل بغرز الإبرة فيه فحينئذ يجب القصاص » .

الزيادة معلومة الوجود كالمد بالبصرة، فهو عمد محض ويجب به القصاص لأنه قصد تغريقه .

وإن كان قد يزيد وقد لا يزيد ، فهو شبه عمد وتجب به الدية مغلظة .

وإن كان فى موضع لا يزيد فيه الماء فزاد وهلك فيه، فهو خطأ محض ويجب فيه الدية مخففة .

وإن شد يديه ورجليه وطرحه فى أرض مسبعة فقتله السبع ، فهو شبه عمد وتجب فيه الدية مغلظة .

وإن كان فى أرض غير مسبعة فقتله السبع ، فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخفضة »(1) .

فارق هام :

والفرق الجوهرى بين القتل العمد والقتل شبه العمد يظهر فى الحكم ، فيجب بالقتل العمد القصاص، بينما فى شبه العمد لا يجب القصاص وإنما تجب الدية المغلظة . . والكفارة « على خلاف فيها » . . والحرمان من الميراث أو الوصية(2) .

القتل الخطأ

إن تخلف قصد القتل نهائياً ومات المجنى عليه فالقتل خطأ .

فى الفقه الوضعى :

نصت المادة ٢٣٨ «عقوبات مصرى» على أن من قتل نفسا خطأ أو تسبب فى قتلها بغير قصد ولا تعمد بأن كان ذلك ناشئا عن رعونة أو عن عدم

---

(١) انظر ص ١٩٢ المهذب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ٤١ جزء ١٠ المغنى .

وتجب الكفارة فى شبه العمد ولم أعلم لأصحابنا فيه قولا لكن مقتضى الدليل ما ذكرنا . ولأنه أجرى مجرى الخطأ فى نفى القصاص وحمل العاقلة ديته وتأجيلها فى ثلاث سنين فجرى مجراه فى وجوب الكفارة ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة تحمل من الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شىء أصلا ولم يرد الشرع بهذا .

احتياط وتحرز أو عن إهمال وتفريط أو عن عدم انتباه وتوق أو عدم مراعاة واتباع اللوائح — يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه مصرى .

فى الفقه الإسلامى :

ورد فى الدرر الحكام لمنلا خسرو :

« وإما خطأ وهو . . .

إما فى القصد كرميه مسلماً ولو عبداً يظنه صيداً أو حربياً فإنه لم يخطىء فى الفعل حيث أصاب ما قصد رميه وإنما أخطأ فى القصد — أى فى الظن — حيث ظن الآدمى صيداً والمسلم حربياً[1] .

وإما فى الفعل كرميه غرضاً فأصاب آدمياً فإنه أخطأ فى الفعل لا القصد فيكون معذوراً لاختلاف المحل، بخلاف ما إذا تعمد ضرب موضع من جسده فأصاب موضعاً آخر منه فمات فيجب القصاص؛ إذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع إلى مقصوده فلا يعذر .

ومن رمى رجلا عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا، يقتص للأول لأنه عمد وللثانى الدية على العاقلة لأنه خطأ[2] .

ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة فى ماله وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة لا تجب؛ لأن ضمان نفسه لا يجب فلم تجب الكفارة كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم[3] .

وإنما صار الخطأ فى النوعين لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل فى كل منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر أو الاجتماع بأن يرمى آدمياً

---

(١) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير « فإذا قصد قتل شخص معتقداً أنه زيد فتبين أنه عمرو أو معتقداً أنه زيد بن عمر وتبين أنه زيد بن بكر ففى ذلك القود لأنه قتل عمد »

(٢) انظر ص ٢٩٠ منلا خسرو ٢ ، ٦٦ المبسوط جزء ٢٦ ، البدائع جزء ٧ ص ٢٧٣ ، ٢٣٤ .

(٣) انظر ص ٣٩٠ جزء ٥ ابن عابدين .

يظنه صيداً فأصاب غيره من الناس »[1].

القتل الذى هو فى معنى الخطأ :

وقد تكلم فى ذلك فقهاء الشريعة، وهو نوعان : نوع عن طريق المباشرة ونوع عن طريق التسبب .

النوع الأول : المباشرة :

كالنائم ينقلب على إنسان فيقتله فهذا القتل فى معنى الخطأ من كل وجه لوجوده من غير قصد، لأنه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية عند بعض الفقهاء .

وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله .

أما وجوب الدية فلوجود معنى الخطأ وهو عدم القصد . وأما وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لأنه مات بثقله سواء كان القاعد فى الطريق العام أو فى الملك الخاص .

وكذلك الراكب إذا كان يسير فى الطريق العام فوطئت دابته رجلا بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطأ فى هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لأن ثقل الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافاً إلى الراكب فكان قتلا مباشرة[2].

---

(١) انظر ص ٣٩ جزء ١٠ المغنى .

(٢) انظر ص ٢٧٤ البدائع :

« رجلان مدا حبلا حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فإن سقطا على ظهرهما فماتا فلا ضمان فيه أصلا لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه إذ لو مات من فعل صاحبه لخر على وجهه فلما سقط على قفاه علم أنه سقط بفعل نفسه وهو شده فقد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحد وإن سقطا على وجههما فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر . لأنه لما خر على وجهه علم أنه مات من جذبه وإن سقط أحدهما على ظهره والآخر على وجهه فماتا جميعاً فدية الذى سقط على وجهه على عاقلة الآخر لأنه مات بفعله وهو جذبه ودية الذى سقط على ظهره هدر لأنه مات من فعل نفسه ولو قطع قاطع الحبل فسقطا جميعاً فالضمان على القاطع لأنه تسبب فى إتلافهما » .

وانظر ص ١٤٧ من المسئولية الجنائية للمؤلف .

النوع الثانى : القتل بالتسبب :

كجناية الحافر ومن فى معناه ممن يحدث شيئاً فى الطريق ، وجناية السائق والقائد ، وجناية الناخس ، وجناية الحائط .

١ ـ جناية الحافر :

فالحفر إما أن يكون فى غير الملك أصلا أو كان فى الملك .

فإن كان فى غير الملك فينظر ،فإن كان فى غير الطريق بأن كان فى المفازة فلا ضمان على الحافر لأن الحفر ليس بقتل حقيقة ، بل هو تسبب إلى القتل إلا أن التسبب قد يلحق بالقتل إذا كان المسبب متعمد فى التسبب والمتسبب ههنا ليس بمتعمد لأن الحفر فى المفازة مباح مطلق فلا يلحق به فانعدم القتل حقيقة وتقديراً فلا يجب الضمان .

وإن كان الحفر فى الطريق العام فوقع فيها إنسان فمات فلا يخلو الأمر إنه إن مات بسبب الوقوع فالحافر يضمن الدية لأنه متعمد فى الحفر .

وإن مات بسبب الجوع فقد اختلف الفقهاء .

قال أبو حنيفة لا يضمن . وقال محمد يضمن . وقال أبو يوسف إن مات غماً يضمن وإن مات جوعاً لا يضمن .

وإن كان الحفر فى الملك، فإن كان فى ملك غيره بأن حفر بئراً فى دار إنسان بغير إذنه فوقع فيها إنسان يضمن الحافر لأنه متعمد فى التسبب . ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالحفر وأنكر أولياء الميت فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار ، والقول قول الورثة ، وفى الاستحسان يصدق والقول قول الحــــافر .

وإن كان الحفر فى ملك نفسه فلا ضمان عليه لأن الحفر مباح مطلوب له فلم يكن متعدياً فى التسبب . وإن كان فى فنائه يضمن لأن الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير فى الطريق .

وقال الفقهاء فيمن حفر بئراً فى سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها

إنسان ومات: إنه إن كان الحفر بإذن السلطان لا يضمن وإن كان بغير إذنه يضمن وروى عن أبي يوسف أنه لا يضمن[1].

ولو سقط ميزاب نصبه صاحب الدار إلى الطريق العام على إنسان فقتله ؛ فإن أصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن لأنه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه فلم يكن متعدياً فيه . وإن أصابه الطرف الخارج إلى الطريق يضمن لأنه متعمد في إخراجه إلى الطريق . وإن أصابه الطرفان جميعاً يضمن النصف لأنه متعمد في النصف لا غير وإن كان لا يدرى .

٢ – جناية السائق والقائد :

فإن ساق دابة في الطريق العام أو قادها فوطئت إنساناً بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت[2] فهو ضامن لأن الأصل أن السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة . فإذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعدياً فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضموناً . سواء كان السائق أو القائد راجلا أو راكباً . إلا أنه إذا كان راكباً فعليه الكفارة إذا وطئت دابته إنساناً بيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية، وإن كان راجلا لا كفارة عليه ، ولا يحرم الميراث والوصية لأن هذه الأحكام يتعلق ثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبب ، والمباشرة من الراكب لا من غيره[3] .

٣ – جناية الناخس والضارب :

والدابة المضروبة أو المنخوسة إما أن يكون عليها راكب ، وإما أن لا يكون عليها راكب .

فإن كان عليها راكب . فلا يخلو إما أن يكون سائراً وإما أن يكون واقفاً .

(١) انظر ص ٢٧٨ بدائع الصنائع جزء ٧ .
(٢) كدمت : عضت بمقدم أسنانها . وصدمت : ضربت بنفسها . خبطت : ضربت .
(٣) انظر ص ٢٨٠ بدائع الصنائع جزء ٧ .

والسير والوقوف إما أن يكون فى موضع أذن له بذلك وإما أن يكون فى موضع لم يؤذن له به . والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره . فإن فعل ذلك بغير أمر الراكب فنفحت[1] الدابة برجلها أو بذنبها أو نفرت فصدمت إنساناً فقتلته فإن فعلت شيئاً من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناخس والضارب يتحمل عنهما عاقلتهما لا على الراكب سواء كان الراكب واقفاً أو سائراً وسواء كان فى سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسيرفيه والوقوف . أو فيما لم يؤذن بأن كان يسير فى ملكه أو فى الطريق العام أو فى ملك الغير .

ذلك لأن الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعمد فى السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره .

وروى عن سيدنا عمر أنه ضمن الناخس دون الراكب . وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنهما .

٤ — جناية الحائط :

إذا سقط الحائط المائل على رجل فقتله، فلا يخلو الحال : إن كان بنى سليما فمال أو بنى مائلا من الأصل .

فإن بنى سليماً فمال فميلانه لا يخلو إما أن يكون إلى الطريق وإما أن يكون إلى ملك إنسان، فإن كان إلى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذاً وهو طريق العامة أو غير نافذ وهى السكة التى ليست بنافذة، فإن كان نافذاً فسقط فعطب به شىء مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط إذا وجدت شرائط وجوبه .

وقد روى عن الشعبى وشريح وإبراهيم وغيرهم أنهم قالوا : إذا تقدم إليه فى الحائط فلم يهدمه وجب عليه الضمان[2] .

---

(١) نفحت بالحاء المهملة أى ضربت بحد حافرها

(٢) انظر ص ٢٨٣ البدائع جزء ٧ .

والفرق الوحيد فى قول الفقهاء بين النوعين : القتل بالمباشرة والقتل بالتسبب، هو أنه لا تجب فى التسبب الكفارة ولا الحرمان من الميراث أو الوصية وإن وجبت فيه الدية .

وقد تبين لنا أن الفيصل بين القتل بالتسبب عند من يقول به وبين غيره من أنواع القتل الخطأ، أن علاقة السببية فى القتل بالتسبب غير مباشرة بين فعل الجانى وبين القتل(١). أما فى النوع الآخر فإن العلاقة بين فعل الجانى وبين القتل تكون مباشرة .

وفى الواقع أن جميع الأحوال التى ذكرناها تندرج تحت القتل الخطأ كما هو معروف لدينا الآن فى الفقه الوضعى .

أعمال الجراحة والتطبيب :

تستلزم أعمال الجراحة والتطبيب بطبيعتها المساس بجسم المريض كفتح خراج أو استئصال عضو لإزالة تشويه وما إلى ذلك، وقد تؤدى أعمال العلاج ذاتها إلى وفاة المريض، والمتفق عليه فى هذه الأحوال فى الفقه الوضعى أن الطبيب أو الجراح لا يسأل عن نتيجة عمله ما دام قد قصد به العلاج ولم يرتكب خطأ فى عمله، فإذا ارتكب خطأ فى عمله كان مسئولا عن عدم احتياطه وإهماله(٢).

فى الفقه الإسلامى :

« ما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده، فيه روايتان : يضمن لأنه قتل خطأ ولا يضمن لأنه تولد عن فعل مباح كالإمام . وقال محمد بن حارث : إن فعل الجائز فتولد عنه هلاك أو فساد فلا ضمان . أو زاد على فعل الجائز ففعل غيره

(١) انظر ص ٩٠ التعزير للدكتور عبد العزيز عامر القاضى .

(٢) انظر ص ٤٤٩ من شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتور السعيد مصطفى السعيد .

خطأ أو جاوزه أو قصر عن الجائز فترتب عليه هلاك ذلك ضمن . وما خرج عن هذا عليه الأصل فهو مردود إليه »(1).

المبحث الثانى
الضرب والجرح

فى الفقه الغربى :

تشترك جريمتا الضرب والجرح عمداً فى ركنيهما الأساسيين وهما الركن المادى والقصد الجنائى، ولكنها تختلف فى جسامة النتيجة التى تترتب على الجرح أو الضرب، وقد جعل الشارع العقاب بحسب هذه النتيجة بقطع النظر عن كون الجانى قصدها أو لم يقصدها، فإن أحدث الجرح أو الضرب موتاً كان جناية الضرب المفضى للموت، وإن أحدث عاهة مستديمة كان جناية بالمادة ٢٤٠ ع .

وإن لم يحدث إلا مرضاً أو عجزاً عن الأشغال الشخصية كان جنحة على حسب درجة المرض أو العجز .

الأركان المشتركة فى جرائم الجرح والضرب عمداً :

١ - ركن مادى هو فعل الضرب أو الجرح .

٢ - ركن معنوى هو القصد الجنائى .

فى الفقه الإسلامى :

إن أردنا أن نهج الفقه الغربى فى البحث نتكلم عن :

أولا - **الركن المادى :**

الجرح ؛ يراد به كل قطع فى الجسم أو تمزيق فى الأنسجة ناشىء عن استعمال آلة حادة ويدخل فى ذلك الرضوض والتسلخات والعض والكسر والحروق والجروح الداخلية .

---

(١) انظر ص ٣٦١ الذخيرة جزء ٨ للقرافى .

والضرب؛ يدخل فيه كل أثر يحدث بجسم الإنسان ناشيء عن استعمال أداة غير قاطعة، ويوجد الضرب ولو لم يترك وراءه أثراً ظاهراً من دم أو احتقان ويشمل أيضاً كل صور الصدم والجذب والعنف والضغط على الأعضاء والخنق(١).

ورد فى المبسوط :

وفى الأنف الدية، والحاصل أن ما لا ثانى له فى البدن من أعضاء أو معان مقصودة فإتلافها كإتلاف النفس فى أنه يجب بها كمال الدية . والأعضاء الفردية ثلاثة . الأنف واللسان والذكر . وذلك يروى فى حديث سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « فى الأنف الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية » . وروى عن على بن أبى طالب . وفى قطع الأنف تفويت جمال كامل ومنفعة كاملة وامتياز الآدمى بين سائر الحيوانات ، فتفويتها فى معنى تفويت النفس، فكما تجب الدية بقطع جميع الأنف بحيث يقطع المارن لأن تفويت الجمال به يحصل ، وكذلك تفويت المنفعة ، وكذلك فى اللسان الدية . وكذلك فى قطع بعض اللسان إذا منع الكلام .

وإن كان بحيث يمنع بعض الكلام دون البعض فالجواب الظاهر أن فيه حكومة العدل، وقد قال البعض إن الدية تقسم على الحروف: فحصة ما يمكن أن يصححه من الحروف تسقط عنه، وحصة ما لا يمكن أن يصححه من الحروف تجب عليه، ولكن على هذا القول لا يعتبر فى القسمة إلا الحروف التى تكون باللسان، فأما الهاء والحاء والعين لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك فى القسمة(٢).

وأما ما يكون زوجاً فى البدن ففى قطعهما كمال الدية، وفى أحدهما نصف الدية . وأصل ذلك فى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض والإبرام المصرية بأن من حرش كلبه على شخص فعضه وأحدث به جرحاً يعاقب بالمادة ٢٤٢ ع .

(٢) انظر ص ٦٩ المبسوط جزء ٢٦ .

عليه السلام قال : فى العينين الدية، وفى إحداهما نصف الدية . وفى اليدين الدية وفى إحداهما نصف الدية . وهكذا، روى عن على رضى الله عنه قال : الأعضاء التى هى أزواج فى البدن : العينان والأذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والأنثيان والرجلان .

وأما ما يكون أرباعاً فى البدن فهو أشفار العينين يجب فى كل شفر ربع الدية .

وأما ما يكون أعشاراً فى البدن كالأصابع، فإن قطع أصابع اليد يوجب كمال الدية لما فيها من تفويت المنفعة .

وأما ما يزيد على ذلك فى البدن فهى الأسنان يجب فى كل سن نصف عشر الدية . قال الرسول عليه الصلاة والسلام «فى كل سن خمس من الإبل»[1].

وجمع صاحب البدائع[2] هذه الأمور فى أربع مسائل :

١ — إبانة الأطراف وما يجرى مجرى الأطراف كقطع اليد والرجل والأصبع والظفر والأنف واللسان والذكر والأنثيين والأذن والشفة وفقء العينين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب .

٢ — تفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاج والبطش والمشى وتغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها . وإزهاق العقل .

٣ — الشجاج « جمع شجة وهى الجراح التى تتكون فى الرأس والوجه » وهى أنواع :

١ — الحارصة، وهى التى تشق الجلد ولا يظهر منه الدم فهى التى تحرص الجلد أى تخدشه .

---

(١) انظر ص ٧٢ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٢٩٦ البدائع جزء ٧ .

٢ ـ الدامعة ، وهى التى يظهر منها الدم قدر الدمع ولا تسيله .

٣ ـ الدامية ، وهى التى يسيل منها الدم ، وقيل إن فيها بعيرا[1].

٤ ـ الباضعة ، وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه ، وقيل إن فيها بعيرين .

٥ ـ المتلاحمة ،وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه وهو رأى أبى يوسف . وقال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم منها الدم ويسود .

وفى ظاهر الرواية ، المتلاحمة ما تعمل فى قطع أكثر اللحم فهى بعد الباضعة .

وروى عن زيد بن ثابت أنه قال : فى الدامية بعير وفى الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة أبعرة .

٦ ـ السمحاق ، وهى التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم فتلك الجلدة تسمى سمحاقاً ، ومنه سمى العظم الرقيق سماحيق .

وفى السمحاق أربعة من الأبعرة .

٧ ـ الموضحة ، وهى التى توضح العظم حتى يبدو ويظهر . وقد اختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد فقال مالك : لا تكون الموضحة إلا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الأعلى ولا تكون فى اللحى الأسفل لأنه فى حكم العنق ولا فى الأنف .

وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس والجمهور على أنها لا تكون فى الجسد وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة فى الجنب ،وقال الأوزاعى : إذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس[2] والفقهاء على أن فيها ـ إذا كانت خطأ ـ خمساً من الإبل

---

(١) كذا قال الزيلعى ثم قال : وذكر المرغنانى أن الدامية وهى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم وهو الصحيح .

(٢) انظر ص ٣٥١ بداية المجتهد لابن رشد .

وإذا كانت عمداً ففيها القصاص[1].

٨ ــ الهاشمة ، وهى التى تكسر العظم وفيها عند الجمهور عشر الدية . وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة .

٩ ــ المنقلة ، وهى التى يخرج منها العظم أو تجعل العظم كالمنقلة ، وهى كالحصى ، ولا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ .

١٠ ــ الآمة ، وهى التى تظهر الجلدة بين العظم والدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الرأس ولا خلاف أنه لا يقاد فيها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن الزبير .

١١ ــ الدامغة ، وهى التى تخرج الدماغ ولم يذكرها محمد لأن النفس لا تبقى فى الغالب بعدها ويكون ذلك قتلا لا شجة .

ولا قود فى عظم إلا السن لقوله صلى الله عليه وسلم: لا قصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص فى العظم إلا فى السن وهو المراد بالحديث . وإن تفاوتا فى الصغر والكبر لأنه لا يقتضى التفاوت فى المنفعة فتقلع سن الضارب إن قلعت من المضروب ؛ وتبرد أى تكسر بالمبرد إن كسرت إلى أن يتساويا . وفى البزازية لا يقطع سن القالع ولكن يبرد إلى أن يصل إلى اللحم ويسقط ما سواه ، ولو نزع جاز ، والبرد احتياط لئلا يؤدى إلى إفساد اللحم[2] .

---

(١) انظر ص ١٠٠ جزء ٢ منلا خسرو .

« وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دونها شامل للسمحاق وفيه تسامح لما قال فى الجوهرة ذكر محمد فى الأصل وهو ظاهر الرواية أن ما قبل الموضحة فيه القصاص إلا فى السمحاق فإنه لا قصاص فيه إجماعاً لعدم المماثلة لأنه لا يقدر أن يشق حتى ينتهى إلى جلده رقيقية فوق العظم وإنما خص ما دون الموضحة بالحكم احتراز عما فوقها كالهاشمة والمنقلة لأنه لا قصاص فيه اجماعاً . ولا قصاص فى الشعر ــ أى شعر كان ــ كما فى قاضيخان والمحيط » .

(٢) انظر ص ٩٦ جزء ٢ منلا خسرو .

٤ – والجراح نوعان :

١ – جائفة[١] وهى التى تصل إلى الجوف ، والمواضع التى تنفذ الجراحه منها إلى الجوف وهى الصدر والظهر والبطن والجنبان وما بين الأنثيين والدبر ولا تكون فى اليدين والرجلين ولا فى الرقبة والحلق – جائفة ، لأنه لا يصل إلى الجوف . وروى عن أبى يوسف أن ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذى لو وصل إليه من الشراب قطرة يكون جائفة لأنه لا يقطر إلا إذا وصل إلى الجوف .

٢ – وغير جائفة ، وهى ما كانت خلاف ما ذكرناه[٢].

وطريق معرفة ذهاب السمع أن يترك المجنى عليه حتى يغفل ثم ينادى فإن أجاب أو التفت علم أنه لم يذهب .

والذوق يمكن معرفته باشتغاله بإطعامه حنظلاً بعد حلو .

وقال قاضيخان : قال بعضهم إذا أخبر رجلان من أهل العلم أنه قد ذهب بصره يؤخذ بقولهما ، وقال محمد بن مقاتل رضى الله عنه : يقام المضروب مستقبل الشمس مفتوح العين إن دمعت عينه علم أن بصره قائم وإن لم تدمع علم أنه ذهب بصره . قلت : ويمكن اختباره بإلقاء حية ميتة وبين يديه غفلة ونحوها[٣].

---

(١) انظر ص ٤٠٥ ابن عابدين جزء ٥ « قال البعض الجائفة تختص بالجوف . جوف الرأس أو جوف البطن – فى الهداية – وعليه نذكرها مع الشجاج له وجه من حيث أنها قد تكون فى الرأس لكن نظر فيه الإتقانى بما فى مختصر الكرخى من أنها لا تكون فى الرقبة ولا فى الحق ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجنب وبما ذكره فى الأصل من أنها لا تكون فوق الذقن ولا تحت العانة » .

(٢) انظر ص ٤٠٦ ابن عابدين جزء ٥ « ولا قصاص فى جميع الشجاج إلا فى الموضحة عمداً واستثنى فى الشرنبلالية السمحاق حيث قال إلا السمحاق فإنه لا قصاص فيه إجماعاً لعدم المماثلة لأنه لا يعتمد أن يشق حتى ينتهى إلى جلدة رقيقة فوق العظم . أقول لكنه مخالف لما ذكره عامة شراح الهداية وغيرهم فإنهم صرحوا بأن ظاهر الرواية وجوب القصاص فيها قبل الموضحة وهو ستة من الحارصة إلى السمحاق .

(٣) انظر ص ١٠٧ جزء ٢ الشرنبلالية على منلا خسرو .

وقد روى عن محمد فى الجراحات التى تندمل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة العدل بقدر ما لحقه من الألم .

وعن أبى يوسف رحمه الله يرجع على الجانى بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت .

وقال أبو حنيفة إنه لا يجب شيء لأنه لا قيمة لمجرد الألم(١).

الضرب الذى لا يحدث أثراً :

ولا قود فى لطمة ووكزة ووجأة . واللطم : ضرب الخد وصفحة الجسد بالكف المفتوحة – والوكز : الدفع والضرب بجمع الكف – والوجأ : الضرب باليد – وهذا لا ينافى وجوب التعزير(٢).

وقد قال ابن تيمية فى ذلك :

وأما القصاص فى الضرب بيده أو بعصاه أو سوطه قبل أن يلطمه أو يلكمه أو يضربه بعصا ونحو ذلك ؛ فقد قالت طائفة من العلماء لا قصاص فيه ؛ بل فيه تعزير لأنه لا تمكن المساواة فيه .

والمأثور عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة والتابعين أن القصاص مشروع فى ذلك. وهو نص الإمام أحمد وغيره من الفقهاء . وبذلك جاءت السنة – وقال أبو فراس : خطب عمر بن الخطاب رضى الله عنه فذكر حديثاً قال فيه : « ألا إنى والله ما أرسل عمالى إليكم ليضربوا أبشاركم

---

(١) انظر ص ٤٠٩ ابن عابدين جزء ٥ « قال صاحب المجتبى فى شرح هذه المسئلة عن أبى يوسف روايتان حيث قال : وقال أبو يوسف عليه أرش الألم . وقال محمد عليه أجرة الطبيب وثمن الأدوية وهو رواية عن أبى يوسف زجراً للسفيه وجبراً للضرر وإنما أوجب أبو يوسف أرش الألم وأراد به حكومة العدل وهو أن يقوم عبداً صحيحاً ويقوم بهذا الألم . ثم قال فسر حكومة العدل عند أبى يوسف بأجرة الطبيب . وهكذا رأيه فى غير موضع . أنه أراد أجرة الطبيب وثمن الأدوية . وقال القدورى إن أجرة الطبيب قول محمد . وانظر ص ٨١ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٤٠٧ ابن عابدين جزء ٥ .

ولا ليأخذوا أموالكم . ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وسننكم فمن فعل فيه سوى ذلك فليرفعه إلى فوالذى نفسي بيده إذا لأقصنه منه . فوثب عمرو ابن العاص فقال : يا أمير المؤمنين إن كان رجل من المسلمين على رعية فأدب رعيته أئنك لتقصنه منه ؟ قال إى والذى نفسي بيده لأقصن منه « كيف » لا أقص – وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه . ألا لا تضربوا المسلمين فتذلوهم ولا تمنعوهم حقوقهم فتكفروهم » رواه الإمام أحمد وغيره .

وهذا إذا ضرب الوالى رعيته ضرباً غير جائز . فأما الضرب المشروع فلا قصاص فيه بالإجماع ، إذ هو واجب أو مستحب أو جائز (١).

ويجب أن نعلم بأنه لا يقاد جرح إلا بعد برئه، وهى النظرية المعمول بها فى هذه الأيام، فالنيابة العامة لا تقدم القضية - المتهم فيها شخص بالتعدى على الآخر بالضرب الذى يحدث الأثر – للقاضى إلا بعد إرفاق ما يدل على شفاء المصـــاب (٢) .

ورد فى نيل الأوطار للشوكانى :

عن جابر أن رجلا جرح فأراد أن يستقيد فنهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح . رواه الدار قطنى (٣).

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا طعن رجلا بقرن فى ركبته فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أقدنى فقال : حتى تبرأ، ثم جاء إليه فقال : أقدنى فأقاده، ثم جاء إليه فقال يا رسول الله عرجت، قال قد نهيتك

---

(١) انظر ص ١٦١ السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية .

(٢) انظر ص ٣٤٢ بداية المجتهد جزء ٢ . خلافاً للشافعى . انظر ص ٣٨٥ جزء ٥ ابن عابدين – فالشافعى تمسك بالظاهر ومالك رأى أن يعتبر ما يئول إليه أمر الجروح مخافة أن يفضى إلى إتلاف النفس .

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكانى جزء ٧ ص ٢٧ .

فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجلك. ثم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه، رواه أحمد والدارقطني (١).

الركن الثاني — **القصد الجنائي :**

نستطيع أن نقرر هنا — كقاعدة عامة — أن العمل غير المشروع الذي يصيب الجسم إن كان عمداً تجب على فاعله القصاص إن أمكن المماثلة في الفعلين. وإن كان غير عمد تجب الدية أو الأرش بحسب الإصابة.

أما إن كان العمل غير المشروع الذي أصاب الجسم لا يمكن المماثلة فيه في الفعلين — وهي أكثر الجراح والشجاج وضروب الأذى سواء كانت عمداً أو غير عمد — تجب فيها حكومة العدل، وهي نوع من التعويض متروك أمره للقـــاضي.

فإن توافر القصد الجنائي أي العمدية في مدار الضرب والجرح، تجب القصاص إن أمكن المماثلة في الفعلين. فإن لم يمكن المماثلة تجب الحكومة.

وإن لم يتوافر القصد أي كان الفعل غير عمد، تجب الدية أو الأرش بحسب الحالة (٢).

فإذا كان الشخص لا يقصد ضرباً ولا جرحاً فلا شيء عليه. فإذا عض رجل ذراع رجل فجذب المعضوض ذراعه من فيه فسقطت أسنان العاض

---

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص جزء ١ ص ١٦١.

(٢) انظر ص ٩٤ مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري جزء ١ :

« ويخلص من ذلك أن حكومة العدل في المسئولية التقصيرية تعدل التعزير في المسئولية الجنائية سواء كان التعزير في حقوق الله أو في حقوق العبد. وذلك من حيث السلطة التقديرية الموكولة للقاضي. ويخلص من ذلك أيضاً أن حكومة العدل وهي أكثر مرونة من القصاص والدية والأرش تكاد تضع مبدأ عاماً في الفقه الإسلامي يقضي بأن العمل غير المشروع الذي يصيب الجسم فيما لا تمكن فيه المماثلة ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج وضروب الأذى، عمداً كان أو غير عمد يوجب التعويض بمقدار متروك للقاضي.

وذهب لحم ذراع المصاب، تهدر دية الأسنان ويضمن العاض أرش الذراع لأن العاض متعمد فى العض والجاذب غير متعمد فى الجذب[1].

الخطأ :

إن كان الضرب أو الجرح بغير عمد فهو خطأ ويترتب عليه حكومة العدل بحسب ما يرى القاضى .

ورد فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير :

إن كان الضرب على وجه اللعب فهو خطأ على قول ابن القاسم . وإن كان الضرب للتأديب والغضب فالمشهور أنه عمد ويقتص منه[2].

شبه العمد :

وليس فى الضرب والجرح شبه عمد لأنه لا يختص بآلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس[3].

المبحث الثالث

الإثبات فى القتل

تثبت جريمة القتل بثلاثة طرق :

١ — الإقرار .

٢ — البينة .

٣ — القسامة .

أولا — **الإقرار :**

إن أقر شخص بأنه قتل شخصاً عمداً وجب عليه القصاص . ويقول بعض الفقهاء إنه يكفى الإقرار مرة واحدة .

---

(١) انظر ص ٢٧٤ البدائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٢١٥ جزء ٤ حاشية الدسوق .

(٣) انظر ص ٣٧١ جزء ٥ ابن عابدين .

الفصل السادس

جرائم التعزير

تكلمنا فى هذا البحث عن الحدود (وهى الجرائم المحدد لها عقوبات محددة) ثم تكلمنا عن الجرائم التى يقتص أو يودى فيها .

أما باقى الجرائم فأمرها متروك للقاضى يعاقب عليه بالعقوبة التى يراها كفيلة بإصلاح حال المتهم وهى التعزير .

والتعزير موضوع ضخم كتبت فيه رسائل قديماً وحديثاً . وقد تعرضنا للكتابة فيه حين بحثنا العقوبة فى الفقه الإسلامى .

ونبحثه هنا بشىء من الإيجاز من ناحية الجرائم المعاقب عليها بالتعزير .

جرائم التعزير :

يعاقب بالتعزير فى نوعين من الجرائم :

١ ـ الجرائم المعاقب عليها بالحد أو بالقصاص إن تخلف ركن من أركانها . ففى السرقة يعزر من يسرق من غير حرز أو من يسرق دون النصاب أو يسرق الأشياء الرطبة أو سريعة الفساد أو من يخون الأمانة أو يجحد العارية . وفى الزنا يعاقب بالتعزير من يجامع دون الفرج . وفى القذف يعزر من يقذف بالسب والشتم دون الزنا وهكذا .

٢ ـ الجرائم التى لا حد فيها ولا قصاص وهى غالبية الجرائم .

وقد جمع ابن تيمية كل ذلك فى قوله[1].

---

(١) انظر ص ١١٩ ، ١٢٠ السياسة الشرعية لابن تيمية .

«وأما المعاصى التى ليس فيها حد مقدر ولا كفارة . كالذى يقبل الصبى والمرأة الأجنبية . أو يباشر بلا جماع . أو يأكل ما لا يحل كالدم والميتة أو يقذف الناس بغير الزنا ، أو يسرق من غير حرز . أو شيئاً يسيراً أو يخون أمانته ، كولاة أموال بيت المال أو الوقوف . ومال القيم ونحو ذلك ، إذا خانوا فيها ، وكالوكلاء والشركاء إذا خانوا ، أو يغش فى معاملته ، كالذين يغشون فى الأطعمة والثياب ونحو ذلك . أو يطفف الكيل والميزان ، أو يشهد بالزور أو يلقن شهادة الزور ، أو يرتشى فى حكمه أو يحكم بغير ما أنزل الله . أو يعتدى على رعيته . أو يتعزى بعزاء الجاهلية أو يلبى داعى الجاهلية إلى غير ذلك من أنواع المحرمات — فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلا وتأديباً ، بقدر ما يراه الوالى ، على حسب كثرة ذلك الذنب فى الناس وقلته : فإذا كان كثيراً زاد فى العقوبة ، بخلاف ما إذا كان قليلا وعلى حسب حال المذنب ، فإذا كان من المدمنين الفجور زيد فى عقوبته . بخلاف المقل من ذلك ، وعلى حسب كبر الذنب وصغره ، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم ، ما لا يعاقبه من لم يتعرض إلا لمرأة واحدة أو صبى واحد» .

فالمشرع الإسلامى قد لاحظ أن الشرع نزل لكل زمان ومكان، وأن مصالح الناس وأحكامهم التى يسيرون عليها تتبدل وتتغير بتبدل الأزمان وتغيرها ، فكان لا بد أن يترك منفذاً لولاة الأمور رحمة بالناس .

فلو أن الشارع — وقد كان قادراً — حدد عقوبات لجميع الجرائم كما فعل فى الحدود ، لوقع للناس حرج عظيم . ولكنه ترك جميع الجرائم بدون تحديد لعقوباتها، ولم يحدد إلا عقوبات الجرائم المخلة بالأمن العام حتى يحفظ للمجتمع مقوماته .

وقد رأينا — خلافاً للبعض — أنه ليس هناك تعزير إلا على المعاصى فقط فإننا إن أجزنا للقاضى أن يعزر للمصلحة العامة لفسد الأمر واختلط، إذ أن

المصلحة العامة للمسلمين مثلا منصوص عليها فى الكتاب أو السنة أو جرى بها إجماع أو مبنية على قياس ثبت .

وإن المشرع أو ولى الأمر هو الذى يحدد المعاصى — لا القاضى — وإلا أوجدنا مجالا واسعاً تنتقض به شرعية الجريمة والعقوبة(1).

أقسام التعزير :

(أ) تعزير هو حق الله تعالى ، وحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد. فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه

وحقوق الله ثمانية(2):

١ — عبادات خالصة كالإيمان .

٢ — عقوبات خالصة كالحدود .

٣ — عقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث .

٤ — عقوبات دائرة بين الأمرين كالكفارات .

٥ — عبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر .

٦ — مؤونة فيها معنى العبادة كالعشر .

٧ — مؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج .

٨ — حق قائم بنفسه كخمس الغنائم .

ويبين من ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة يتلاقى فيها الدين مع القانون العام ثم القانون الجنائى مع القانون المالى .

والتعزير فى حقوق الله يكون فى جناية فى حق الله ليس لها حد مقرر فى الشرع . ويجب إما بجناية ليس فى جنسها ما يوجب الحد، وإما بجناية فى جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه .

---

(١) انظر ص ١١٦ ، ١١٧ العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

(٢) انظر ص ٧٠٥ — ٧١٣ التلويح والتوضيح .

وعلى ذلك فالجنايات فى حق الله فى غير الحدود المقدرة متروك تقديرها للقاضى من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقدير العقوبة .

(ب) تعزير هو حق العبد، وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان . فحق العبد يدخل فى منطقة القانون الخاص .

والتعزير فى حقوق العبد هو كالتعزير فى حقوق الله من حيث وجوبه فى جناية ليس لها حد مقرر فى الشرع ، لكن هذه الجناية التى يعزر فيها تكون جناية من حقوق العبد . ولذلك كان التعزير عليها عقوبة خاصة .

(ج) وهناك ما يجتمع فيه الحقان، وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحقوق الله وما يجتمع فيه الحقان ، وحق العبد غالب كالقصاص ويلحق بحقوق العبد(1).

أهمية التقسيم :

ما كان حق الله يملكه كل فرد وإن لم يكن محتسباً لأنه من باب إزالة المنكر باليد — والشارع ولى كل واحد .

ولا يقيم التعزير هنا غير الحاكم ، وله فيه العفو والشفاعة .

وما كان حق العبد يتوقف على الدعوى ولا يقيمه إلا الحاكم أو من فى حكمه لأن صاحب الحق قد يسرف فى حقه(2).

ولا يجوز فى هذا النوع من التعزير العفو أو الشفاعة من ولى الأمر فهو حق خالص للعبد(3).

---

(1) انظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ص ٤٦ ، ٤٧ .

(2) انظر ص ٧٤ الدرر الحكام لمنلا خسرو جزء ٢ .

(3) انظر ص ٢١٣ جزء ٤ فتح القدير :

« التعزير ينقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله نحو العبد لا شك فى أنه يجرى فيه ما ذكر وأما ما وجب منه حقاً لله تعالى فيجب على الإمام ولا يحل له تركه إلا فيما علم أنه أنزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز اثباته بمدع شهد به فيكون مدعياً شاهداً إذا كان معه آخر =

١ ـ قال مالك وأبو حنيفة أنه واجب إذا رآه الإمام(١).

٢ ـ قال الشافعى ليس بواجب لأن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال: إنى لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها فقال: « أصليت معنا » قال: نعم. فتلا عليه « إن الحسنات يذهبن السيئات ». وقال فى الأنصار: « اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم »(٢).

وقال رجل للنبى صلى الله عليه وسلم فى حكم حكم به للزبير « أن كان ابن عمتك » ، فغضب النبى ولم يعزره على مقالته.

وقال له رجل إن هذه القسمة ما أريد بها وجه الله ، فلم يعزره.

وقال بعض الحنابلة: إنه ما كان من التعزير منصوص عليه كوطء جارية امرأته أو جارية مشتركة فيجب امتثال الأمر فيه، وما لم يكن منصوصاً عليه إذا رأى الإمام المصلحة فيه أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله فوجب كالحد(٣).

= فإن قلت فى فتاوى قاضيخان وغيره: إن كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فإن عاد وتكرر منه روى عن أبى حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون فى حقوق الله فإن حقوق العباد لا يتمكن القاضى فيها من اسقاط التعزير. قلت: يمكن أن يكون كله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضته لأنه إذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضى والدعوى فلا يكون مسقطاً لحق الله سبحانه فى التعزير وقوله: ولا يعزر يعنى بالضرب فى أول مرة فإن عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محمله حق آدمى من الشتم وهو من يكون تعزيره بما ذكرنا.

وقد روى عن محمد فى الرجل يشتم الناس إذا كان له مروءة وعظ، وإن كان دون ذلك حبس ، وإن كان سباباً ضرب وحبس يعنى الذى دون ذلك.

والمروءة عندى فى الدين والصلاح ».

(١) انظر ص ٧٧ منلا خسرو جزء ٢ .

(٢) انظر ص ٣٧٠ جزء ٤ إعلام الموقعين .

(٣) انظر ص ٣١٩ المغنى جزء ١٠ ورأى مالك هو الأصوب لأن حجة الإمام الشافعى رضى الله عنه غير مقنعة فكلمة « أصليت معنا » فيها نوع من التوبيخ وهو من أنواع التعزير =

ونلخص ما قيل من فروق بين أنواع التعزير فى :

١ – يجوز فى التعزير الذى هو حق العبد، العفو والإبراء والصلح ولا يجوز ذلك فيما كان حقاً لله .

٢ – التعزير الواجب حقاً للأفراد تتكرر فيه العقوبة بتكرر الجريمة وليس كذلك التعزير الواجب حقاً لله تعالى فيجرى فيه التداخل(١).

٣ – التعزير الواجب حقاً للأفراد يجرى فيه الإرث من جهة المجنى عليـــه فيطالبه الورثة ، وليس كذلك فى التعزير الواجب على مخالفة حقوق الله .

٤ – والرأى الراجح أن الإمام هو الذى يتولى التعزير سواء كان لحق الله أو لحق العبد . لأنه لو ترك للعبد أن يستوفى حقه لأساء استعمال الحق .

* * *

ويجدر هنا أن نعلم أن التعزير يكون واجباً على المتهم بصرف النظر عما إذا كان حراً أو عبداً ، ذكراً أم أنثى ، مسلماً أم ذمياً أم كافراً ، بالغاً أم صبياً .

وكل ما يشترط فى المتهم أن يكون عاقلا – ولذلك فيعاقب الصبى الذى لا يجب فى حقه الحد طالما كان مميزاً لأن التعزير تأديب، وهو وإن كان ليس من أهل العقوبة إلا أن تأديبه جائز(٢).

= أما استدلاله بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم » فمفهوم استدلاله بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم » فمفهوم بالطبع أن ذلك ليس فى المعاصى التى يعزر فيها . أما بالنسبة لمن قال للرسول عليه الصلاة والسلام « أن كان بن عمتك » أو « إن هذه لقسمة ما أريد بها وجه الله » فلم يعزره النبى صلى الله عليه وسلم فقد كان مجنياً عليه فى ذلك وأبى كرمه وعفوه أن يقتص لنفسه .

(١) انظر رأياً مخالفاً فى كشاف القناع على متن الإقناع جزء ٤ ص ٧٣ .

(٢) انظر ص ٦٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

مسئولية الإمام أو القاضى إن مات المتهم فى التعزير :

اختلف الفقهاء فى هذه الحالة . فإن مات المتهم فى أثناء تعزيره :

١ – يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن دمه هدر ولا ضمان على الإمام أو من يمثله لأن الحد والتعزير واجب على الإمام إقامتهما فهو مأمور بهما والواجب لا يجامع الضمان ولأن فعله مشروع فيكون منسوباً إلى الآمر فكأنه أماته حتف أنفه فلا يضمن[١].

٢ – ويرى الشافعى أنه تجب الدية فى بيت مال المسلمين إذ أن الحد والتعزير للتأديب، فإذا هلك المتهم كان خطأ الإمام وضمان خطئه فيما يقيمه من الأحكام فى بيت مال المسلمين لأن نفع عمله يعود إلى المسلمين فيكون الغرم فى مالهم .

٣ – وروى عن أبى يوسف أن القاضى إذا لم يزد فى التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان إذا كان يرى ذلك، لأنه قد ورد أن أكثر ما عزروه مائة فإذا زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لأنه ما زاد على المائة غير مأذون فيه فحصل القتل بفعل مأذون فيهو بفعل غير مأذون فيه فينتصف .

كما أنه روى عن عمرو بن سعيد عن على كرم الله وجهه أنه قال: ما من رجل أقمت عليه حدا فمات فأجد فى نفسى أنه لا دية له إلا شارب الخمر فإنه لو مات وديته لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسنه[٢].

---

(١) انظر ص ٣٤٩ المغنى جزء ١٠ .
وانظر ص ٢١١ الزيلعى جزء ٣ .
(٢) انظر ص ٢٨٩ المهذب جزء ٢ . وانظر المبسوط فى ص ٥٠ جزء ٩ فى مسئولية الإمام إن مات المرجوم فى الزنا وثبت أن الرجم كان بناء على شهادة باطلة .

الإثبات فى التعزير

يثبت الجرم المعاقب عليه بالتعزير :

١ – بإقرار المتهم على نفسه . ويكتفى فى التعزير بالإقرار مرة واحدة لأنه مما لا يندرئ بالشبهات .

٢ – بالشهادة .

فيثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأنه حق آدمى كالديون، ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى للقاضى . وقال أبو حنيفة لا يقبل فى التعزير شهادة النساء مع الرجال لأنه عقوبة كالحد والقصاص[١].

نتيجة هامة :

لا يوجد ما يمنع شرعاً ولا عملا من أن تقوم أى حكومة،أو يقوم أى مشرع وضعى بتحديد المعاصى التى توجب التعزير تحديداً كاملا شاملا ويضعه تحت يد القضاة .

وإن قانون العقوبات الوضعى الذى بين أيدينا بخلاف ما أورده بالنسبة للحدود ؛ شرعى – وحبذا لو خطا المشرع خطوة جريئة تصحح الوضع بالنسبة لها ، إذن لاستقام الأمر واستتب الأمن فى البلاد .

(١) انظر ص ٧٧ حاشية الشرنبلالية على منلا خسرو .

خـــاتـــمـة

رأينا فى بحثنا ذلك الخلاف الواسع بين فقهاء كل مذهب بل بين فقهاء المذهب الواحد فى المسألة الواحدة وفى فروعها .

ويجب أن نعلم أن اختلافهم فى الأحكام المستمدة من القرآن إنما يرجع إلى اختلافهم فى وسائل فهمه. وطرقهم فى ذلك الفهم. واختلافهم فى الأحكام المستمدة من السنة ترجع إلى اختلافهم فى فهمها، أو إلى عدم العلم بها، أو إلى عدم وثوق بعضهم بروايتها ، على حين وثق بعضهم الآخر بها .

فرأينا فى جريمة السرقة ذلك الخلاف الواسع بين الفقهاء فى المسائل الرئيسة فى الجريمة . فوقع الخلاف فى أركان الجريمة نفسها وليس فقط فى فروعها . فاختلفوا فيما إذا كان الحرز ركناً أم غير ركن، واختلفوا فى النصاب وقدره . واختلفوا فى كل حكم من الأحكام تقريباً . مما يتيح الفرصة لأى مشرع وضعى أن يضع ما يشاء من المواد طالما هى على رأى من هذه الآراء الفقهيـــة .

فإذا تركنا السرقة إلى جريمة الزنا. وجدنا كيف يستلزم الشرع والفقه شروطاً وأركاناً رئيسة يتعذر ، بل يستحيل تحقيقها رحمة بالعباد وستراً للأعراض . فإذا تحققت يستلزم شروطا أخرى لإثبات الجريمة، فإذا قارب الشهود على إثباتها رأينا ذلك الموقف الذى وقفه الخليفة العظيم الغيور عمر ابن الخطاب لكى يدرأ الحد المهلك عن المغيرة بن شعبة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وهكذا فى جريمة القذف وشرب الخمر والقتل والضرب والجرح .

ثم راعى المشرع التخفيف عن الناس فترك غير ذلك من الجرائم لحكمة القاضى ليجازى كل مسىء بقدر إساءته، وعلى حسب عراقته فى الإجـــرام أو بداءته فيه . . وهو مبدأ التعزير .

فإذا دققنا النظر فى الأحكام المستنبطة، وفروعها، والخلاف فيها فى كل جريمة من جرائم الحدود أو القصاص على ما ذكرنا، وجدنا آراء مختلفة كل منها قصد من قال به وجه الله تعالى غير مغرض .

وعلينا أن لا نقف موقفاً سلبياً من تلك الآراء، فقد وجدنا فيها من الدسامة ما ينير لنا سواء السبيل . وعلينا أن نقوم من الآن بتقنين جنائى إسلامى نستفيد فيه من تلك الخلافات المذهبية، فنختار ما يتمشى ومصلحة الناس فى هذه الأيام طالما تدور فى فلك كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

« والحمد لله أولا وآخراً »

أهم مراجع الكتاب

أولا — كتب الفقه الإسلامى

الفقه الحنفى :

١ – بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى عام ٥٨٧ هـ طبعة ١٣٢٨ هـ مطبعة الجمالية .

٢ – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى المتوفى عام ٧٤٣ هـ وبهامشه حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى طبعة ١٣١٣ هـ .

٣ – رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار – وهو معروف بحاشية ابن عابدين .

٤ – فتح القدير ، لكمال الدين بن الهمام المتوفى عام ٦٨١ هـ وبهامشه شرح العناية على الهداية لأكمل الدين البابرتى المتوفى عام ٧٨٦ وحاشية سعدى جلبى المتوفى عام ٩٤٥ على شرح النهاية .

٥ – المبسوط لشمس الدين السرخسى طبعة مطبعة السعادة .

٦ – الخراج للقاضى أبى يوسف صاحب الإمام أبى حنيفة .

٧ – أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص المتوفى عام ٣٧٠ هـ .

٨ – الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو المتوفى سنة ٨٨٥ هـ وبهامشه حاشية العلامة أبى الخلاص حسن بن عمار ابن على الوفائى الشرنبلالى المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ .

الفقه الشافعى :

١ – الأم للشافعى وبهامشه كتاب اختلاف الحديث برواية الربيع طبعة المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٥ هـ .

٢ – المهذب لأبى إسحق إبراهيم الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ طبعه سنة ١٣٣٣ هـ .

٣ – الأحكام السلطانية للقاضى أبى الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ طبعة المطبعة المحمودية التجارية بمصر .

٤ – حاشية البيجورى على شرح ابن قاسم الغزى طبعة سنة ١٣٠٣ هـ المطبعة الشرفية .

الفقه المالكى :

١ – بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبى الوليد أحمد بن محمد بن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ طبعة ١٣٢٩ هـ بالمطبعة الجمالية .

٢ – حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ .
٣ – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لمحمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ وبهامشه التاج والأكليل لمختصرخليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ مطبعة السعادة سنة ١٩٢٨ .
٤ – المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون طبعة سنة ١٣٢٣ مطبعة السعادة .
٥ – الذخيرة ، للعلامة الإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبدالله البهنسى المصرى المعروف بالقرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ مخطوط بدار الكتب .

الفقه الحنبلى :

١ – السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية ، لابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٩٥١ .
٢ – الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى محمد بن حسين الفراء المتوفى سنة ٤٥٨ هـ طبعة سنة ١٣٥٦ هـ بمطبعة الحلبى .
٣ – إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ .
٤ – الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية طبعة الآداب سنة ١٣١٨ هـ .
٥ – فتاوى ابن تيمية طبعة سنة ١٣٢٩ هـ .
٦ – المغنى ، لابن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ طبعة سنة ١٣٦٧ هـ .

الفقه الشيعى :

١ – البحر الزخار ، للإمام أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .
٢ – المختصر النافع ، فى فقه الإمامية للحلى المتوفى سنة ٦٧٦ طبعة وزارة الأوقاف .

الفقه الظاهرى :

١ – المحلى ، لأبى محمد على بن حزم المتوفى عام ٤٥٦ طبعة سنة ١٣٥٢ هـ .

ثانياً — كتب أخرى

١ – مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى طبعة سنة ١٩٥٤ .
٢ – العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٩٥٨ .
٣ – تاريخ الفقه الإسلامى للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى طبعة سنة ١٩٥٤ .
٤ – تاريخ الفقه الإسلامى عصر نشأة المذاهب طبعة سنة ١٩٥٥ .

٥ – شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتور محمد كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى السعيد . الجزء الأول . طبعة سنة ١٩٤٦ م .
٦ – جامع الأصول لابن الأثير الجزرى وملخصه تيسير الوصول .
٧ – التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ عبد القادر عودة .
٨ – التعزير للدكتور عبد العزيز عامر .
٩ – الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك .
١٠ – الإجراءات الجنائية للأستاذ على زكى العرابى .
١١ – أصول تحقيق الجنايات للدكتور محمد مصطفى القللى .
١٢ – القانون الجنائى للأستاذ على بدوى .
١٣ – كتاب المقارنات والمقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود فى شرع اليهود ونظائرها فى الشريعة الإسلامية الغراء ومن القانون المصرى والقوانين الوضعية الأخرى مطبعة هندية سنة ١٩٠١ م للقاضى محمد صبرى .
١٤ – التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف الطبعة الثانية .
١٥ – تهذيب التهذيب لابن حجر طبعة الهند .
١٦ – تذكرة الحفاظ للذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ هـ .
٢٢ – شذرات الذهب للمؤرخ عبد الحى بن العماد الحنبلى المتوفى سنة ١٠٨٩ هـ .
١٨ – طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين عبد الوهاب بن تقى الدين السبكى المتوفى سنة ٧٨١ هـ .
٢٤ – وفيات الأعيان وأبناء الزمان لابن خلكان المتوفى عام ٦٨١ هـ .
٢٠ – تاريخ التشريع الإسلامى طبعة بعض السادة المدرسين بكلية الشريعة .

فهرس

الفصل الأول
جريمة السرقة

المبحث الأول
أركان جريمة السرقة

صفحة

المبحث الثانى
الشروع فى السرقة والسرقة التامة

المبحث الثالث
الجريمة التامة وعقوبتها

المبحث الرابع
الإثبات فى السرقة

صفحة

الفصل الثانى

جريمة الزنا

المبحث الأول

أركان جريمة الزنا

صفحة

المبحث الثانى

أدلة الإثبات فى الزنا

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين الوضعى والإسلامى

صفحة

الفصل الثالث

جريمة القذف

المبحث الأول

أركان جريمة القذف

صفحة

المبحث الثانى

الإثبات فى القذف

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين الوضعى والإسلامى

الفصل الرابع

جريمة شرب الخمر

المبحث الأول

أركان الجريمة

صفحة

المبحث الثانى

الإثبات فى جريمة شرب الخمر

الفصل الخامس

القتل والضرب والجرح

المبحث الأول

جريمة القتل

صفحة

المبحث الثانى

الضرب والجراح

المبحث الثالث

الإثبات فى القتل

صفحة

الفصل السادس
جرائم التعزير

رقم الإيداع ٧٣٠٨ ٨٨

الرقم الدولي ٩٧٧ ـ ١٤٨ ـ ٢٧٠ ـ ٠

مطابع الشروق

القاهرة: ١٦ شارع جواد حسني ـ هاتف: ٣٩٣٤٥٧٨ ـ ٣٩٣٤٨١٤ ـ برقيا: شروق ـ تلكس: 93091 SHROK UN

بيروت: ص.ب: ٨٠٦٤ ـ هاتف: ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٥ ـ ٨١٧٢١٣ ـ برقيا: داشروق ـ تلكس: SHOROK 20175 LE